Die fiduziarische Zession.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Berolzheimer
Rechtspraktikant aus München.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Approbiert am 20. Januar 1908.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

163

Referent: Univ.-Professor Dr. **Oertmann.**

Meiner lieben Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0100

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Geschichte des Begriffes und der Literatur. § 1. 1

Erster Teil.

Begriff und Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes im allgemeinen und der fiduziarischen Zession im besonderen. Zulässigkeit.

1. Abschnitt: Das fiduziarische Rechtsgeschäft 4
Begriff und Wesen. § 2. 4
Die Erscheinungsformen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes. § 3. 10
2. Abschnitt: Die fiduziarische Zession 11
Begriff und Wesen. § 4. 11
Zulässigkeit. § 5. 17

Zweiter Teil.

Die Arten der fiduziarischen Zession.

1. Abschnitt: Die Sicherungszession. § 6. 19
2. Abschnitt: Die Inkassozession. § 7. 24
3. Abschnitt: Die übrigen fiduziarischen Zessionen, insbesondere die Benutzungszessionen. § 8. 30

Dritter Teil.

Die Wirkungen der fiduziarischen Zession.

1. Abschnitt: Die materiellrechtlichen Wirkungen 32
1. Kapitel: Die dingliche Wirkung. § 9. 32
A. Im Zivilrechte 32
B. Im öffentlichen Rechte (Strafrechte und Verwaltungsrechte) . 34
2. Kapitel: Die obligatorische Wirkung. § 10. 38
2. Abschnitt: Die prozeßrechtlichen Wirkungen 40
1. Kapitel: Die Stellung des Zessionars, Zedenten und Schuldners im Prozesse. § 11. 40
A. Die Stellung des Zessionars 40
B. Die Stellung des Zedenten. Der Zedent als Zeuge . . . 41
C. Die Stellung des Schuldners. Seine Einreden 44
2. Kapitel: Sonstige prozeßrechtliche Wirkungen. § 12. 46
3. Abschnitt: Die fiduziarische Zession im Konkurse. § 13. 46
A. Der Konkurs des Fiduziars 46
B. Der Konkurs des Fiduzianten 49
C. Der Konkurs des Schuldners 52

Literaturverzeichnis.

v. Asseburg-Neindorf, Cessio in securitatem. Greifswald 1902.
Bendix, Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.
Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1904.
Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts 1903 S. 68.
Bolze, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 1 Nr. 318, 853; Bd. 8 Nr. 380, 383; Bd. 10 Nr. 884; Bd. 22 Nr. 267, 342, 343.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1892.
Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des gemeinen Rechtes. 3. Aufl.
Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und BGB. Berlin 1903.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. 3. Aufl.
Dernburg, Pandekten. 6. Aufl.
Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 273, 1904 S. 1041, 1906 S. 1033.
Dreyer in Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 233 ff., 449 ff.
Dungs in Gruchots Beiträgen Bd. 32 S. 8 ff.
Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts. 5. Aufl.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl.
Endemann, Das deutsche Konkursverfahren.
Engel, Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin 1902.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 2 S. 168 ff., 173 ff.; Bd. 8 S. 406 ff.; Bd. 13 S. 200 ff.; Bd. 24 S. 45 ff., 161 ff.; Bd. 25 S. 210; Bd. 30 S. 51, 275 ff.; Bd. 39 S. 166; Bd. 40 S. 82; Bd. 44 S. 374; Bd. 45 S. 80; Bd. 47 S. 48 ff.; Bd. 51 S. 397; Bd. 52 S. 216 ff.; Bd. 53 S. 416 ff; Bd. 55 S. 389 ff.; Bd. 59 S. 146 ff., 190 ff.; Bd. 62 S. 389 ff.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 3 S. 344.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 3 S. 432 ff.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl.
Frank, Das Strafgesetzbuch. 4. Aufl.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl.
Gerbert, Die Sicherheitsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht. Bonn 1905.
Gewerbearchiv Bd. 2 S. 623, Bd. 3 S. 264, Bd. 6 S. 277, 432 ff.
Goldstaub, Simulierte und fiduziarische Rechtsgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Rostock 1903.
Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes. Marburg 1901.
Gruchots Beiträge Bd. 27 S. 1088/89, Bd. 34 S. 464 ff., Bd. 37 S. 967, Bd. 37 S. 119 ff., Bd. 42 S. 950 ff., Bd. 48 S. 867 ff., Bd. 49 S. 900 ff.
Harburger, Konkursordnung. 2. Aufl.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes.
Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 41 S. 238.
Hellwig im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 64 S. 369 ff.
Hertz, Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Borna-Leipzig 1905.
Jaeger, Konkursordnung. 4. Aufl.
Juristische Wochenschrift 1898 S. 504 Nr. 14; 1900 S. 860 Nr. 23; 1903 S. 418 Nr. 1; 1904 S. 6; 1904 S. 499 ff.; 1905 S. 43 Nr. 5; 1905 S. 718 Nr. 8; 1906 S. 329 Nr. 2.
Kahn in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 125.
Kleinfeller, Konkursordnung. 4. Aufl.
Klinge, Die juristische Natur der Inkassozession. Greifswald 1900.
Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 91 ff., 319 ff.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts.
Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. Aufl.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche.
Kuhlenbeck in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 337 ff.
Küster in der Juristischen Wochenschrift 1907 S. 161 ff.
Landmann, Gewerbeordnung. 5. Aufl.
Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Lang in Boschers Zeitschrift für freiwillige Gerichtsbarkeit in Württemberg Bd. 28 S. 322 ff.
Lang im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 83 S. 336 ff.
Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien.
Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Lilienthal in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 543.
Linckelmann im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7 S. 209 ff.
Luetgebrune, Die Sicherungsübereignung. Göttingen 1906.
Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2 S. 129/30; Bd. 3 S. 855/56.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 3.
H. Müller, Forderungspfandrecht und Sicherungszession. Düsseldorf 1897.
G. Müller in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 72 S. 967 ff.
Nelken, Gewerberecht.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl.
Neumiller, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 2. Aufl.

Dertmann, Die Fiducia.
Dertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.
Petersen, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 5. Aufl.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3. Aufl.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 8 S. 442, Bd. 9 S. 30.
Regelsberger im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63 157 ff.
Regelsberger, Pandekten.
Regers Entscheidungen Bd. 17 S. 7, Bd. 24 S. 37, S. 250.
Reger-Stöhsel, Gewerbeordnung. 4. Aufl.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch.
Riedel, Das Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleichung mit dem preuß. Recht.
Rohrscheidt, Gewerbeordnung.
Rudorff, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 3.
Sarwey-Bossert, Konkursordnung. 4. Aufl.
Schicker, Gewerbeordnung. 4. Aufl.
Schlegelmilch, Über das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Gera 1904.
Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse.
Schöninger im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 96 S. 163 ff.
Schröder in der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 331.
Schröder im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 97 S. 361 ff.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 9. Aufl.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht.
Seuffert in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1907 S. 422.
Seufferts Archiv Bd. 21 Nr. 43, Bd. 22 Nr. 34, Bd. 30 Nr. 20, Bd. 51 Nr. 137, Bd. 46 Nr. 91.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 72 S. 991/92.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.
Staub in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 389.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 8. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl.
Völderndorff, Konkursordnung. 2. Aufl.
Wendt, Pandekten.
Wendt im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 100 S. 1 ff.
Wienstein in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 833 ff.
Wienstein in Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 241 ff.
Wienstein in Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 485 ff.
Wilmowski, Die Reichskonkursordnung. 6. Aufl.
Wilutzki in der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 20.
Wilutzki in der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 710 ff.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906 S. 442.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken" (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

Geschichte des Begriffes und der Literatur.[1])

§ 1.

Zu einer Zeit, als das römische Recht noch in den Anfängen war, als auf der einen Seite das Bedürfnis nach Realkredit bestand, während es andererseits ein Pfandrecht nicht gab, bildete sich infolge dieser Lückenhaftigkeit und Mangelhaftigkeit des Rechtes ein eigenartiges Institut, das der fiducia, aus. Es wurde vom Schuldner seinem Gläubiger zur Sicherheit für eine Forderung eine Sache zu Eigentum übertragen, jedoch fiduciae causa, unter der Verpflichtung, daß der Gläubiger diese Sache nach Erfüllung seiner Schuld wieder an ihn zurückübertrage. Dieses Vertrauen, welches hiermit der Schuldner in den Gläubiger setzte, auf dem das ganze Rechtsgeschäft aufgebaut ist, hat demselben seinen Namen gegeben. Die nämliche Ursache, welche diese fiducia cum creditore geschaffen hatte, der Mangel eines passenden Rechtsinstitutes, führte zu einer anderen Anwendungsform der fiducia, der fiducia cum amico. Nicht zur Sicherung einer Forderung, nicht im Interesse des Empfangenden, sondern im Interesse des Gebenden, zum Zwecke der Leihe, zwecks Verwahrung wurde hier der Empfänger zum Eigentümer gemacht mit der Verpflichtung, die Sache nach Erreichung des beabsichtigten Zweckes an den Verleiher, Hinterleger zurückzuübertragen. Als später pignus und hypotheca sich einbürgerten, als commodatum und depositum aufkamen, waren diese Formen der fiducia überflüssig geworden und kamen auch in dieser Zweckbestimmung ab. Aber die fiducia blieb weiter bestehen als Nebenbestimmung zu Rechtsgeschäften aller Art, als Nebenbestimmung bei den formalen Akten des römischen

---

[1]) vgl. hierzu Dertmann, Die Fiducia S. 2ff., 52ff.; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 149; Crome, BGB. § 76 Anm. 3; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 100; Schlegelmilch, Über das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäfts §§ 1 u. 2.

Rechtes zur Erreichung irgend eines konkreten Zweckes, und verstand man ursprünglich unter fiducia ganz bestimmte Rechtsgeschäfte, so sah man jetzt in ihr jedes mit der clausula fiduciae versehene Rechtsgeschäft. Solche Geschäfte kamen im römischen Rechte seiner formalistischen Tendenz entsprechend vielfach vor. Sie mögen ebenso in Deutschland vor und nach der Rezeption gang und gäbe gewesen sein, wenn auch die juristische Literatur bis vor wenigen Jahrzehnten sich über dieselben ausgeschwiegen hat.

Zum ersten Male begegnet man den Bezeichnungen „fiduziarisches Rechtsgeschäft" und „fiduziarische Zession" in einer Abhandlung Regelsbergers, enthaltend „Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession", im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63 aus dem Jahre 1880 S. 173.[2]) Gelegentlich der Besprechung der dem Schuldner gegen den Zessionar zustehenden Einrede der Simulation wird der Begriff der Simulation, der simulierten Rechtsgeschäfte erörtert, und werden diese gegen verwandte Rechtsgeschäfte hin abgegrenzt, gegen die dissimulierten Rechtsgeschäfte, die fiduziarischen Rechtsgeschäfte und die rechtsgeschäftlichen Schleichwege. Damit war zugleich der dogmatischen Behandlung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes für die folgenden Jahrzehnte ihre Stellung vorgezeichnet, einer Behandlung im Zusammenhange mit der Simulation, wie wir dies bei den Pandektisten — soweit sie überhaupt das fiduziarische Rechtsgeschäft erörtern, was nur bei einer Minderzahl geschieht — finden, zunächst bei Dernburg,[3]) dann bei Wendt,[4]) Brinz[5]) und bei Regelsberger[6]) selbst in seinem Pandektenlehrbuche. Das nämliche ist der Fall bei unseren Systemen des neuen bürgerlichen Rechtes, bei Bendix,[7]) Eck,[8]) Rehbein[9]), und unsere Kommentare des bürgerlichen Rechtes

[2]) Schon vorher, 1878, hatte Kohler in den Jahrbüchern für die Dogmatik Bd. 16 in seinen „Studien über Mentalreservation und Simulation" „die Bevollmächtigung im Gewande des Eigenrechts" auf S. 149 als Anwendungsform des „verdeckten Geschäftes" einer Betrachtung unterzogen, unter welch letzterem er S. 141 ein Geschäft versteht, das mit all seinen Rechtsfolgen gewollt ist, aber zu ökonomischen Zwecken gewollt ist, welche dem Geschäfte selbst oder seinen Rechtsfolgen nicht homogen sind.

[3]) a. a. O.

[4]) Pand. § 247 S. 599.

[5]) Pand. Bd. 4 § 524 S. 26.

[6]) Bd. 1 § 141 S. 518.

[7]) Das Deutsche PrivR. Abt. 1 S. 130.

[8]) Vorträge S. 135 ff.

[9]) Das BGB. Bd. 1 S. 128.

fügen dem § 117 BGB. die Besprechung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes bei.

Gegen diese hergebrachte Darstellung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes im Anschlusse an das simulierte wandte sich Crome, indem er hervorhob,[10]) für eine systematische Behandlung schicke es sich nicht, die Dinge bloß durch ihren Gegensatz zu bezeichnen, sondern man müsse sie von innen heraus konstruieren, und von diesem Gesichtspunkte aus seien die fiduziarischen Rechtsgeschäfte in Anknüpfung an die abstrakten zu erörtern. Dieser Ansicht Cromes, die bereits von anderen geteilt und befolgt wird,[11]) kann man sich nur voll und ganz anschließen; lediglich jener Zufall, daß die ersten Erörterungen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte in einer Abgrenzung von der Simulation bestanden, hat ihre bisherige falsche systematische Einreihung verschuldet.

Neben der systematischen Behandlung ist das fiduziarische Rechtsgeschäft besonders um die Wende des Jahrhunderts, und zwar nicht so sehr infolge Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches, als seiner immer mehr hervortretenden Aktuellität wegen in den juristischen Zeitschriften und in einzelnen Dissertationen Gegenstand der Erörterung gewesen.

---

[10]) a. a. O. Bd. 1 § 76.

[11]) So von Enneccerus-Lehmann, von Endemann, der in seiner 9. Aufl. vom Jahre 1903 im Gegensatze zu den früheren Auflagen das fiduziarische Rechtsgeschäft nicht mehr zusammen mit dem simulierten behandelt, indem er bei Besprechung des letzteren Bd. 1 § 73 eigens in einer Fußnote bemerkt: „Das fiduziarische Rechtsgeschäft gehört nicht in diesen Zusammenhang, denn dessen Wirkungen sind gewollt und treten ein".

Erster Teil.

Begriff und Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes im allgemeinen und der fiduziarischen Zession im besonderen. Zulässigkeit.

Erster Abschnitt.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

§ 2.

Begriff und Wesen.

Unter dem fiduziarischen Rechtsgeschäfte versteht man ein (ernstlich gemeintes) Rechtsgeschäft, bei dem jemand einem anderen eine Sache zu Eigentum oder eine Forderung zu vollem Gläubigerrechte überträgt unter der Verpflichtung, nur zu einem bestimmten, beschränkten, regelmäßig diese Rechtsübertragung an sich nicht erfordernden Zwecke darüber zu verfügen.

Charakteristisch ist zunächst für das fiduziarische Rechtsgeschäft sein doppelter Inhalt; es zerfällt notwendig in ein Hauptgeschäft, die Rechtsübertragung, und in ein Nebengeschäft, die durch eine Zweckbestimmung erfolgende Beschränkung dieser Rechtsübertragung.[1] Oder wie sich Goltz[2] ausdrückt: es ist zusammengesetzt aus einem positiv-dinglichen, verbunden mit einem negativ-obligatorischen Vertrage. In der Regel werden die beiden Verträge, der dingliche und der obligatorische, gleichzeitig zustande kommen, jedoch ist dies nicht erforderlich, es kann der eine oder andere von beiden früher abgeschlossen werden.

[1] vgl. Oertmann a. a. O. S. 73.
[2] a. a. O. S. 12.

Charakteristisch ist ferner das Mißverhältnis zwischen Mittel und Zweck.[3]) Das Mittel ist immer dasselbe, die Übertragung des höchsten und vollkommensten dinglichen Rechtes, des Eigentums an einer Sache oder des Gläubigerrechtes an einer Forderung. Diese Übertragung geschieht zu einem jeweils verschiedenen, ganz bestimmten und beschränkten Zwecke, der normalerweise durch ein einfacheres Mittel erreicht zu werden pflegt, z. B. zu Pfand-, Sicherungszwecken usw. Es liegt im Willen des Übertragenden wie auch des Erwerbers, daß dem letzteren eine über den Zweck hinausgehende Rechtsstellung mit all ihren Folgen eingeräumt werden soll, und infolge dieses Willens erlangt der Erwerber diese Rechtsstellung eines Eigentümers, Gläubigers, völlig unabhängig von der Beschränktheit des Zweckes. Ganz ebenso finden wir beim abstrakten Rechtsgeschäfte ein Losgelöstsein der Zuwendung von ihrem Zwecke. Erhält sonach der Erwerber einerseits das volle dingliche Recht an der übertragenen Sache oder der abgetretenen Forderung, so wird er andererseits gleichzeitig nach Innen, dem Übertragenden gegenüber, obligatorisch verpflichtet, nur in der ihm von diesem vorgeschriebenen Weise über die Sache oder Forderung zu verfügen.

Es liegt vor eine ernstlich gemeinte Übertragung und nicht etwa eine Scheinübertragung, ein Scheingeschäft. Dieses Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes ist ursprünglich zumeist verkannt worden und wird auch heute noch vereinzelt verkannt.[4]) Man hat gesagt, bei Geschäften obiger Art sei der Wille der Parteien gar nicht auf eine Übertragung zu Eigentum gerichtet, es solle nur nach Außen hin zum Zwecke der Täuschung Dritter der Anschein erweckt werden, als sei Eigentum übergegangen, während dies tatsächlich nicht der Fall sei. Als simulierte Rechtsgeschäfte hat man die fiduziarischen aufgefaßt und als solche für nichtig erklärt. Das Wesen der fiduziarischen Rechtsgeschäfte liegt aber eben in dem Vorhandensein des übereinstimmenden ernstlichen Willens der Parteien, Eigentum bezw. volles Gläubigerrecht zu übertragen.[5]) Das Vorliegen eines Willens-

---

[3]) Regelsberger, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 63 S. 172.

[4]) vgl. die Nachweise bei Kohler, Jahrb. Bd. 16 S. 150.

[5]) vgl. die Ausführungen bei Goldstaub, Simulierte und fiduziarische Rechtsgeschäfte nach dem BGB. S. 48 ff.; Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft S. 5 ff.; Engel, Sicherungsübereignung und Sicherungszession S. 15/16; Müller, Forderungspfandrecht und Sicherungszession S. 21; Lang, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 83 S. 357; Leist, Die Sicherung von Forderungen S. 80; Gerbert, Die Sicherheitsübereignung

momentes, einer inneren, nicht in äußere Erscheinung tretenden Tatsache also unterscheidet das fiduziarische Rechtsgeschäft vom Scheingeschäfte, und so liegt es in der Natur der Sache, daß man einem Rechtsgeschäfte nicht von außen ansehen kann, ob es fiduziarisch oder simuliert ist; maßgebend für die Entscheidung in einem solchen Falle sind die Behauptungen der Parteien, was von ihnen gewollt wurde, sofern diese Behauptungen dem bei Abschluß des Rechtsgeschäftes vorhandenen Willen auch entsprechen.

Schwerer zu entscheiden als die Frage, ob ein fiduziarisches oder simuliertes Rechtsgeschäft vorliegt, ist die, ob das vorliegende fiduziarische Rechtsgeschäft als Geschäft gegen das Gesetz oder als Umgehungsgeschäft unwirksam ist. Gegen das Gesetz gehandelt wird dann, eine agere contra legem liegt dann vor, wenn ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, welches mit einem Verbotsgesetze des positiven Rechts in Konflikt steht. Solche Rechtsgeschäfte sind nach § 134 BGB. nichtig. Das fiduziarische Rechtsgeschäft als solches stellt sich noch nicht als ein Rechtsgeschäft contra legem dar, denn es existiert kein Rechtssatz, der es verböte. Dagegen wäre es denkbar, daß ein konkretes fiduziarisches Rechtsgeschäft als gegen ein Gesetz verstoßend der Wirkung des § 134 BGB. verfiele. Ein Umgehungsgeschäft, rechtsgeschäftlicher Schleichweg, eine agere in fraudem legis ist dann vorhanden, wenn das Gesetz durch positiven Rechtssatz ein bestimmtes Rechtsgeschäft für unwirksam erklärt und die Parteien den wirtschaftlichen Erfolg des verbotenen Rechtsgeschäftes durch ein anderes mit dem Wortlaute des Gesetzes nicht in Widerspruch tretendes Rechtsgeschäft erreichen[6]). Äußerlich sieht das fiduziarische Rechtsgeschäft diesem Umgehungsgeschäfte ungemein ähnlich; beide sind vor allem ernstlich gemeint; beiden Rechtsgeschäften ist charakteristisch ein Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel,[7]) die Wahl eines dem gewollten wirtschaftlichen Zwecke normalerweise nicht entsprechenden Rechtsgeschäftes; jedoch wird beim fiduziarischen Rechtsgeschäfte zur Erreichung eines bestimmten Zweckes ein anderes als das zunächst liegende Mittel regelmäßig deshalb angewendet, um eine Lücke des Gesetzes auszufüllen, einer Mangelhaftigkeit desselben

---

und das Mobiliarsicherungsrecht S. 31; Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 128; Schlegelmilch a. a. O. § 3.

[6]) vgl. Cosack, Lehrb. des BGB. Bd. 1 S. 219; Lang in Boschers Zeitschr. f. freiw. Gerichtsbarkeit in Württemberg Bd. 28 S. 322 ff.

[7]) vgl. Goltz a. a. O. § 11 S. 31.

zu begegnen, nicht um das Gesetz zu umgehen. Das fiduziarische Rechtsgeschäft will Zwecke erreichen, für welche im positiven Rechte ein entsprechender Geschäftstypus entweder nicht vorhanden ist (z. B. Sicherheitswechsel) oder praktisch unzulänglich oder unbeliebt ist (z. B. Vollindossament zum Inkasso statt Prokuraindossament). Ist sonach das fiduziarische Rechtsgeschäft an und für sich kein Umgehungsgeschäft, so kann es doch in einem konkreten Falle ein solches sein. Aber selbst da ist es noch nicht notwendigerweise nichtig, sondern wie alle Umgehungsgeschäfte bloß dann, wenn das ein bestimmtes Rechtsgeschäft verbietende Gesetz damit überhaupt die Herbeiführung des wirtschaftlichen Erfolges, um dessentwillen das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, vereiteln, nicht bloß seine Herbeiführung durch das bestimmte Rechtsgeschäft verbieten, wenn es den wirtschaftlichen Erfolg materiell, nicht bloß formell verhindern will. Die Nichtigkeit folgt hier ebenfalls aus § 134 BGB.[8])

Man hat die Bezeichnung „fiduziarisch" für das erörterte Rechtsgeschäft mehrfach angefeindet. Meines Erachtens mit Unrecht! Es läßt sich wohl keine Benennung denken, welche die Eigenart des ganzen Rechtsgeschäftes besser zum Ausdruck brächte. Sie kennzeichnet das Vertrauen, fiducia, des Zedenten zum Zessionar darauf, daß dieser von seiner Rechtsstellung nur den vereinbarten Gebrauch machen werde, dieses Vertrauen, auf dem das ganze Geschäft aufgebaut ist und das ihm sein Gepräge gibt.

Über das dargelegte Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes ist sich heute die Literatur,[9]) nachdem ursprünglich eine Menge ver-

[8]) vgl. Gerbert a. a. O. S. 34 ff.; Goldstaub a. a. O. S. 54 ff.; Schlegelmilch a. a. O. § 4; Schröder in der DJZ. 1901 S. 331.

[9]) Buchka, Vergleichende Darst. S. 238; Cosack a. a. O. § 64 S. 219; Crome a. a. O. § 76; Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 99 Anm. 176; Endemann, BGB. Bd. 1 § 63 S. 286; Engelmann, BGB. § 38 S. 101; Enneccerus, BGB. § 138 sub II; Fischer-Henle, BGB. zu § 117 sub 3; Goldstaub a. a. O. S. 39 ff.; Goltz a. a. O. S. 11 ff.; Gruber in der Birkmeyerschen Enzyklopädie der Rechtswissenschaft S. 110; Hellmann, Lehrb. des deutschen Konkursr. S. 156 Anm. 5; Hellwig, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 64 S. 369 ff., insbes. sub IV; Kohler a. a. O. S. 149 ff.; Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. Bd. 1 S. 398; Landsberg, BGB. 1. Hälfte § 53 S. 185; Lang, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 83 S. 336 ff. sub I und Boschers Zeitschr. Bd. 28 S. 322; Leist a. a. O. S. 78 ff.; Leonhard, BGB. § 97 S. 460; Lilienthal, DJZ. 1902 S. 543; Mandry, Der zivilrechtl. Inhalt der Reichsges. S. 335 Anm. 8; Matthiaß, BGB. Bd. 1 S. 203; Neumann, BGB. zu § 117 sub 3; Planck, Komm. z. BGB. zu § 117 sub 3; Regelsberger, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 63 S. 172 und Pand. Bd. 1 § 141; Staub, Komm. z. HGB. zu § 368 sub VII.

schiedener Theorien vertreten war, die jedoch nach und nach zugunsten der hier niedergelegten Anschauung aufgegeben wurden, wie auch die Rechtsprechung,[10]) nachdem sie vielfache Schwankungen durchgemacht hatte, im allgemeinen einig. Es ziehen aber, wie später gezeigt wird, immer noch Schriftsteller, die hinsichtlich dieser rechtlichen Natur des Rechtsgeschäftes übereinstimmen, entgegengesetzte Konsequenzen.

Andere heute noch vertretene irrige Auffassungen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes sind folgende:

1. Die Theorie des geteilten Eigentumes: Der Fiduziar ist nur nach Außen hin Eigentümer bezw. Gläubiger, nach Innen und in der Tat ist jedoch das Eigentum beim Fiduzianten, der ein dingliches Rückforderungsrecht hat.[11])

2. Die Ansichten von Eck[12]) und von Luetgebrune[13]): a) Nach Eck findet eine Rechtsübertragung statt, aber nur so weit, als der Zweck der Verleihung es erfordert; im übrigen, „soweit das ihm verliehene Recht über den Zweck der Verleihung hinausgeht, hat es der Fiduziar nur für fremde Rechnung, als ein ihm nicht gehöriges". b) Luetgebrune meint: „Die Sicherungsübereignung ist eine Eigentumsübertragung, der die Resolutivbedingung stillschweigend beigefügt ist"; „das zur Sicherung dienende Mobiliar soll dem Gläubiger zu Eigentum gehören, jedoch nur so lange, wie durchaus nach dem Sicherungszwecke erforderlich ist".

3. Die Theorie von Riedel[14]): „Die Fiduzia stellt sich als indirekte Stellvertretung dar". „Die Bedeutung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes beruht darin, daß auf den Fiduziar für den beschränkten Zweck einer Stellvertretung in eigenem Namen über diesen Zweck hinausgehende Rechte, nämlich volles Eigentumsrecht an demjenigen Gegenstand (Sache oder Recht) übergeht, auf den sich die Vollmacht bezieht". „Der Fiduziar ist . . . Stellvertreter in eigenem

---

[10]) Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 2 S. 168 ff., 173 ff., Bd. 13 S. 200 ff. usw.; für das Recht des BGB. insbes. Bd. 59 S. 146 ff. und die daselbst zitierten weiteren Entsch. d. RG.

[11]) vgl. darüber eingehend Hertz a. a. O. S. 12 u. 13, woselbst die Anhänger dieser Theorie aufgeführt sind, unter denen bemerkenswerterweise die Kommentatoren der Konkursordnung vorherrschen. Ferner Dungs bei Gruchot Bd. 32 S. 8 ff., insbes. sub I; a. M. Hertz § 3 Anm. 6.

[12]) Vorträge S. 136.

[13]) Die Sicherungsübereignung S. 54. Ähnlich Schlegelmilch a. a. O. §§ 5 und 7.

[14]) Das BGB. in Vergleichung mit dem preuß. Recht § 79 S. 512 ff.

Namen, aber für fremde Rechnung; . . . es kommen aber auch fiduziarische Rechtsgeschäfte vor, bei denen der Fiduziar Stellvertreter in eigenem Namen und in eigenem Interesse ist".

4. Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist ein dissimuliertes. a) Wilutzki[15]: Es ist eine Art, allenfalls eine besondere Unterart, der verdeckten Geschäfte. b) Schöninger[16]: Die Inkassozession ist „ein verdecktes Vollmachtsverhältnis (mit oder ohne Auftrag)". c) Müller[17]: „Die Inkassozession ist ein Scheingeschäft insofern, als sie keine Zession ist, und ein ernstliches Geschäft nur insofern, als der Inkassozessionar als Gläubiger gelten soll und die Inkassozession einen Auftrag oder eine Bevollmächtigung zur Beitreibung der Forderung enthält".

5. Der Fiduziar ist materiellrechtlich Vertreter, prozeßrechtlich wird begründet eine Legitimation zum Handeln im eigenen Namen für fremde Rechnung; so Staub[18] hinsichtlich der Inkassozession, Wienstein,[19] Wendt[20] und die Kommentare zur Zivilprozeßordnung.[21]

Diese sämtlichen Ansichten haben eines gemeinsam, nämlich daß sie den Parteiwillen ignorieren und aus juristisch praktischen Erwägungen hergeleitete Konstruktionen aufstellen. Eben weil die Parteien keine Stellvertretung wollen, wählen sie den Rechtsübergang, und zwar mit seinen Folgen und sind sich dieser auch bewußt. Man kann doch nicht jemandem einen Willen imputieren, den er tatsächlich nicht hat! Was die sub 1 und 2a genannten Ansichten anlangt, so scheiden sie von vornherein aus als mit dem Wesen des Eigentums nicht vereinbar: Die Ansicht sub 1 scheitert an der absoluten Wirkung des Eigentums,[22] die sub 2a will eine nach

[15]) JurW. 1901 S. 711; DJZ. 1901 S. 20.

[16]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96 S. 163 ff., insbes. sub IX S. 196.

[17]) Bl. f. Rechtsanw. Bd. 72 S. 978.

[18]) a. a. O. zu § 368 Anm. 106: „Die Inkassoabtretung bedeutet lediglich eine Legitimationserteilung an den Zessionar zum Zwecke der Einziehung und Einklagung gegen den Drittschuldner auf Rechnung des Abtretenden. Die Forderung geht nicht in das Vermögen des Zessionars über". Ferner in der DJZ. 1903 S. 389.

[19]) Gruchot Bd. 46 S. 241 ff. sub II und Bd. 48 S. 485 ff. sub B und in der DJZ. 1905 S. 833 ff.

[20]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 100 S. 275 ff., insbes. S. 279 ff.

[21]) vgl. unten § 11 sub A.

[22]) vgl. ihre Bekämpfung durch Lang, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 83 S. 336 ff. sub III. 1; Hellmann, Lehrb. des Konkursr. S. 158 Anm. 2; Müller, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 72 S. 973 ff.

dem Wesen des Eigentums undenkbare Übertragung nach Graden, nach Stadien einführen. Luetgebrune unterschiebt den Parteien die stillschweigende Vereinbarung einer Bedingung, und zwar einer so einschneidenden, wie sie nur ausdrücklich getroffen zu werden pflegt. Riedel nimmt Rechtsübergang auf den Fiduziar an und betrachtet denselben als Stellvertreter im eigenen Namen, also nicht als Stellvertreter im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern als solchen, in dessen Person die Wirkungen des Geschäftes eintreten sollen; er käme damit, wenn auch mit anderen Begriffen, der richtigen Ansicht nahe, wenn er nicht die im großen und ganzen einer eigentlichen Stellvertretung entsprechenden Konsequenzen ziehen würde. Die beiden übrigen, gerade hinsichtlich der fiduziarischen Zession vertretenen Ansichten sollen bei dieser ihre Erörterung finden.

§ 3.

Die Erscheinungsformen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

Es ist naturgemäß, daß fiduziarische Rechtsgeschäfte in der mannigfaltigsten Weise denkbar sind und auch tatsächlich in den mannigfachsten Formen vorkommen. „Jene Divergenz zwischen Absicht und Zweck," sagt Oertmann,[1]) „zwischen äußeren und inneren Wirkungen des Geschäftes, welche der fiducia eigen waren, finden sich noch heutzutage in zahllosen Fällen." Drei Hauptformen sind im Rechtsverkehre besonders hervorgetreten und haben eine besondere Ausbildung erfahren:

1. die fiduziarische Eigentumsübertragung,
2. die fiduziarische Zession,
3. das fiduziarische Indossament.

Während die fiduziarische Eigentumsübertragung und das fiduziarische Indossament bereits eingehend bearbeitet worden sind,[2]) ist die fiduziarische Zession noch nicht zum ausschließlichen Gegenstande einer Untersuchung gemacht worden, es existiert noch keine einzige Schrift über sie. Und doch ist sie zweifellos die im modernen Rechtsverkehre häufigste Form des fiduziarischen Rechtsgeschäftes, über die noch außerdem die meisten Unklarheiten herrschen. Im folgenden soll sie einer umfassenden Betrachtung unterzogen werden.

[1]) Fiducia S. 257.

[2]) Die Abhandlungen über das fiduziarische Rechtsgeschäft befassen sich zum überwiegenden Teile mit der fiduziarischen Eigentumsübertragung. Vgl. ferner Gunz, Vollgiro zu Inkassozwecken; Wulff, Vollindossament zu Inkassozwecken; Fuß, Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken.

Zweiter Abschnitt.

Die fiduziarische Zession.

§ 4.

Begriff und Wesen.

Die fiduziarische Zession ist die (ernstlich) gewollte) Übertragung einer Forderung aus dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen zu vollem Gläubigerrechte, und zwar in fiduziarischer Weise, das heißt mit der Abrede, daß der Forderungserwerber verpflichtet sein soll, über die Forderung nur in einer zwischen ihm und dem Zedenten vereinbarten, einem bestimmten, beschränkten Zwecke dienenden Art zu verfügen. Anders ausgedrückt: Der Forderungserwerber soll regelmäßig verpflichtet sein, die Forderung bezw. ihren Wert zu einer bestimmten Zeit, nach Erreichung eines bestimmten, der Forderungsübertragung kausalen Zweckes, an den Abtretenden zurückzuübertragen.

Wesentlich ist, daß das Hauptgeschäft hier in der Vornahme einer Forderungsübertragung gemäß §§ 398ff. BGB. besteht. Also gelten diese Bestimmungen auch für die fiduziarische Zession, so die über die Unübertragbarkeit gewisser Forderungen, über die Form der Abtretung, über die Rechtsstellung der beteiligten Personen, insbesondere über die dem Schuldner gegen den neuen Gläubiger zustehenden Einreden. Darnach vollzieht sich die fiduziarische Zession durch formlose Einigung des Übertragenden und des Erwerbers. Als Zession ist auch die fiduziarische ein dinglicher Vertrag, d. h. ein solcher, durch welchen dem einen Teil vom anderen ein unmittelbares Verfügungsrecht eingeräumt wird; da dieses Verfügungsrecht über eine Forderung, nicht über eine Sache gegeben wird, ist die fiduziarische Zession ein dinglicher Vertrag des Obligationenrechtes. Alle dinglichen Verträge beruhen auf einem Rechtsgrunde, einer causa, die sie herbeigeführt hat. Diese ist jeweils verschieden, gewöhnlich Schenkung oder Erfüllung einer Verpflichtung. Hierin liegt nun eine Besonderheit der fiduziarischen Zession, nämlich daß sie auf einem Rechtsgrunde zu basieren pflegt, auf welchem die Forderungsabtretung normalerweise nicht beruht.[1])

Wie alle dinglichen Verträge ist auch die fiduziarische Forderungsübertragung ein abstraktes Rechtsgeschäft, d. h. ein solches, dessen

[1]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 62 S. 389.

Wirkung vollkommen unabhängig ist von dem ihm zugrunde liegenden Kausalverhältnisse; dieses Kausalverhältnis hat ausschließlich Bedeutung nach Innen für das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, während nach Außen nur die vollendete Tatsache des Forderungsüberganges maßgebend ist, der Schuldner kann aus dem Kausalverhältnisse keine Einwendungen gegenüber dem Zessionar herleiten, ein bloßer Mangel im Kausalverhältnisse vermag nicht die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Zession herbeizuführen.

Naturgemäß können als fiduziarische Zession, wie bereits Regelsberger[2]) hervorhebt, nur die vertragsmäßig erfolgende, die durch Testament verfügte und denkbarerweise auch die durch Richterspruch sich vollziehende Zession in Betracht kommen, nicht dagegen die sogen. cessio legis. Es sind dies rechtliche Erscheinungen, die bloß unter dem Begriffe einer Zession zusammengefaßt werden, in Wahrheit jedoch gar keine Forderungsübertragung, sondern einen Forderungsübergang kraft Gesetzes darstellen; als Konsequenz bestimmter tatsächlicher Vorgänge treten sie ipso iure in der vom Gesetze vorgesehenen Weise unabhängig vom Parteiwillen ein, sind einer vertragsmäßigen Nebenabrede sonach nicht fähig. Was die durch Richterspruch erfolgende Entstehung der fiduziarischen Zession anlangt, so ist Oertmann[3]) der Anschauung, daß sie als unmöglich erscheine, da ihr der ganze Habitus und Name des Institutes widerspreche, welches auf einem Vertrauensakte des Fiduzianten, also auf seiner ureigensten, individuellen Willensaktion beruhe. Dem möchte ich mit Rücksicht darauf, daß ja eben der Richterspruch an Stelle des Parteiwillens tritt, mich nicht anschließen; die Ansicht Müllers,[4]) es könne in dem ein Teilungsverfahren beendigenden Urteile der Richter zur Sicherung der Leistung, zu der die eine Partei an die andere verurteilt wurde, der letzteren eine der ersteren gegen einen Dritten zustehende Forderung fiduziarisch zedieren, war zweifellos nach gemeinem Rechte begründet und ist heute nur deshalb nicht mehr vertretbar, weil es keine solche adiudicatio mehr gibt, nicht aber, weil sie dem Charakter der fiduziarischen Zession widerspräche.[5])

Das der fiduziarischen Forderungsübertragung zugrunde

---

[2]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 63 S. 158.
[3]) Fiducia S. 126.
[4]) Forderungspf. und Sich. S. 26.
[5]) vgl. auch Engel a. a. O. S. 35.

liegende Kausalgeschäft enthält die neben der dinglichen Berechtigung des Zessionars vereinbarte obligatorische Verpflichtung desselben. Durch diesen Kausalvertrag wird das interne Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber geregelt, ohne daß er im geringsten das Verhältnis des Forderungserwerbers Dritten, insbesondere dem Schuldner, gegenüber berührt. Der Inhalt dieses Vertrages ist jeweils verschieden nach dem Zwecke, dem die Forderungsübertragung dient. Die generelle Verpflichtung, die der Zessionar übernimmt und die das hauptsächliche Wesen der Vereinbarung ausmacht, besteht darin, über die ihm übertragene Forderung nur gemäß den Weisungen des Zessionars zu verfügen.

Es zeigt sich somit, daß bei der fiduziarischen Zession, wie bei allen fiduziarischen Rechtsgeschäften, der Fiduziant ein Risiko auf sich nimmt. Er ist in hohem Grade angewiesen auf die Ehrlichkeit und Treue des Fiduziars. Wie groß dieses Risiko ist, wird gelegentlich der Erörterung der Wirkungen des Rechtsgeschäftes erhellen. Es ist ganz unbillig, wenn von manchen Schriftstellern, wie später besprochen wird, der fiduziarischen Zession inkonsequenterweise Wirkungen beigelegt werden, die dieses Risiko vermindern. Denn dasselbe ist nur eine notwendige Begleiterscheinung der Vorteile, die der Fiduziant auf der anderen Seite von einer fiduziarischen Forderungsübertragung hat; wegen dieser Vorteile nimmt er auch eben dieses Rechtsgeschäft an Stelle eines normalerweise näher liegenden in Kenntnis der für ihn nachteiligen Folgen vor.

Daß das ganze Rechtsgeschäft ein ernstlich gemeintes ist, wurde bereits oben allgemein ausgeführt. Es hat dies bezüglich der fiduziarischen Zession besonders in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. 2 S. 129/30) seinen Ausdruck gefunden: „. . . Die Simulationseinrede wird meistens wegen mangelnder tatsächlicher Begründung keine Berücksichtigung verdienen, namentlich dann, wenn die Behauptungen des Schuldners die Annahme bestehen lassen, zwischen dem bisherigen und dem neuen Gläubiger sei die obligatorisch wirksame Vereinbarung getroffen, der neue Gläubiger solle dem Schuldner und allen Dritten gegenüber als Gläubiger gelten, dem bisherigen Gläubiger gegenüber aber verpflichtet sein, diesem das, was der Schuldner leisten werde, zu verabfolgen und überhaupt bei Geltendmachung der Gläubigerrechte nach den Weisungen des bisherigen Gläubigers, ähnlich wie ein Bevollmächtigter,

zu verfahren. Eine solche Vereinbarung ergibt keineswegs die Simulation der Abtretung (des dinglichen Vertrages)." [6])

Was über das Verhältnis des fiduziarischen Rechtsgeschäftes im allgemeinen zu Verbotsgesetz und Umgehungsgesetz gesagt worden ist, gilt in gleicher Weise von der fiduziarischen Zession.

Der hier über das Wesen der fiduziarischen Forderungsübertragung vertretene Standpunkt hat auch beim überwiegenden Teile der Literatur seine Anerkennung gefunden [7]) und ist durch die Rechtsprechung gebilligt worden.[8]) Immerhin werden gerade in der neuesten Zeit wieder andere Auffassungen laut, die eine Erörterung erfordern.

Schöninger erklärt (a. a. O. S. 168): „Es soll neben dem Auftrag oder Dienstvertrag nicht bloß Vollmacht, sondern auch wirkliche Abtretung der von dem Beauftragten einzuziehenden Forderung vorkommen können. ... Allerdings werden solche Zessionen in Verbindung mit einem Auftrag oder Dienstvertrag vorgenommen, und sie fallen dann unter den Begriff der fiduziarischen Zession". Ferner sagt er (S. 175): „Es ist mit Sicherheit davon auszugehen, daß bei jeder Zession zum Inkasso die Beteiligten keineswegs die Zession nur zum Schein, sondern daß sie ein wirkliches Zessionsgeschäft vornehmen wollten". Er gibt also damit einen auf Rechtsübertragung gerichteten Willen der Parteien zu, um jedoch schließlich (S. 196) zu dem Ergebnis zu kommen: „Es ist der herrschenden Meinung darin zu folgen, daß dann, wenn die Zession nicht beruht auf einer sofortigen definitiven Veräußerung der Forderung auf Grund einer der verschiedenen Kausalkategorien (Zahlung, Schenkung, Ausstattung usw.), sondern wenn der Zessionar nach seinem inneren

---

[6]) vgl. die Entsch. d. RG. v. 14. 11. 1889 bei Gruchot Bd. 34 S. 464 ff. und v. 28. 3. 1893 bei Gruchot Bd. 37 S. 967; Bolze Bd. 8 Nr. 383 S. 176; insbesondere auch die Entsch. d. RG. v. 16. 3. 1906 in der JurW. 1906 S. 329 Nr. 2.

[7]) vgl. außer oben § 2 Anm. 9 noch v. Asseburg-Neindorf, Cessio in securitatem, S. 9, 34, 35; Dernburg, BGB. § 135 sub IV; Enneccerus, BGB. § 303 sub I; Klinge, Die juristische Natur der Inkassozession S. 15 ff.; Kuhlenbeck, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 342; Matthiaß, BGB. Bd. 1 S. 407; Müller, Ford. und Sicher. S. 21; Oertmann, Komm. z. BGB., Vorbem. 3 vor § 398 BGB.; Planck, Komm. z. BGB. § 398 sub 1; Schollmeyer, Komm. z. BGB. § 398 sub 4.

[8]) vgl. insbes. die vorzügliche Entscheidung des OLG. Karlsruhe v. 2. 12. 1902 in Rechtspr. der OLG. Bd. 8 S. 442, bestätigt vom RG. am 20. 10. 1903; vgl. Entsch. Bd. 55 S. 389 ff. und JurW. 1903 S. 418 Nr. 1; ferner unten § 12.

obligatorischen Verhältnis zum Veräußerer zur Ablieferung des eingegangenen Betrages an letzteren verpflichtet ist, materiell keine Rechtsübertragung, sondern ein verdecktes Vollmachtsverhältnis (mit oder ohne Auftrag) vorliegt". Wie kommt Schöninger zu dieser Auffassung? M. E. führen ihn dazu bloß praktische, nicht juristische Erwägungen; so äußert er sich S. 180: „Daß das praktische Bedürfnis es verlangt, bei dem Vollgiro eines Wechsels zum Inkasso, bei der Zession zum Einzug, bei den Eigentumsübertragungen zu Sammelzwecken das weggegebene Objekt im Konkurse des Empfängers als noch zum Vermögen des Veräußerers gehörig zu behandeln, soll zugegeben werden. Allein dann verlangt es die logische Folgerichtigkeit, diese fiduziarischen Geschäfte auch materiell als das zu behandeln, was sie materiell sein wollen, nämlich als Vollmacht, als Verpfändung usw."

Ganz ähnlich Wendt (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 100 S. 275 ff.), der sich in der Hauptsache mit dem fiduziarischen Indossamente befaßt. Er gibt (S. 276) zu, daß der Indossant oder Zedent mit der vollen Übertragung der Forderung ein gewisses Risiko auf sich nehme und sich aller weiteren Einwirkung auf das Verhalten des neuen Gläubigers damit begebe, daß das Wort „fiduziarisch" eine Rechtsübertragung zu anderen Zwecken als dem der Veräußerung zum Ausdrucke bringe. Während er (S. 280 u. 287 ff.) Schöninger bekämpft, nimmt er tatsächlich selbst (S. 279 ff.), indem er dem Schuldner in gewissen Fällen eine exceptio doli zuspricht, den Standpunkt ein, daß die Inkassozession materiell nur ein Inkassomandat sei, andererseits sieht er dagegen (S. 291 ff., 299, 300) inkonsequenterweise die Sicherungszession als eigentliche und wahre Abtretung der Forderung an. Alles wieder ausgehend von der praktischen Erwägung, daß der Schuldner nicht etwa schlechter gestellt werden dürfe, indem er (S. 283) „den Zweck der Rechtsübertragung höher stellt als den Gesichtspunkt des eigenen Rechtes des Indossatars" (bezw. natürlich auch des Zessionars); Billigkeitsgründe sind maßgebend, der Schuldner eines Sicherungszessionars ist dem eines Inkassozessionars deshalb nicht gleich zu behandeln, weil ihm (S. 299) die aequitas defensionis nicht zur Seite steht.

Nach Wilutzki (JurW. 1901 S. 710 ff.) nehmen die fiduziarischen Rechtsgeschäfte eine Zwitterstellung neben den Schein- und den verdeckten Geschäften (Simulation und Dissimulation) ein. Er erklärt (S. 712): „Faßt man das Außengeschäft als dinglichen Vertrag und

das Innengeschäft als obligatorische causa auf, so kann man wohl dahin gelangen, dem Außengeschäft in gewissen Beziehungen eine Unabhängigkeit von der Gültigkeit des Innengeschäftes zuzusprechen. Diese ganze Konstruktion aber scheitert daran, daß es sich, wie bei dem Scheingeschäft und verdeckten Geschäft, so auch bei ihrem Zwillingsbruder, dem fiduziarischen Geschäft, um einen Mangel im Willen der Parteien handelt. Und daß insoweit auch der dingliche Vertrag anfechtbar ist, dürfte unzweifelhaften Rechtens sein". Seine Auffassung gipfelt in den Worten (S. 711): „ich möchte das fiduziarische Geschäft lediglich als eine Art, allenfalls eine besondere Unterart, der verdeckten Geschäfte anerkennen".

Müller (Bl. f. Rechtsanw. Bd. 72 S. 967 ff.) unterscheidet von demjenigen Falle der Inkassozession, „in welchem der Gläubiger seine Forderung einem Anderen mit der Abmachung überträgt, die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des Übertragenden, beizutreiben und den eingezogenen Betrag nach Abzug seiner Auslagen und der für die Einziehung vereinbarten Vergütung an den Übertragenden abzuführen, und nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsteile die Forderungsübertragung nur vorgenommen wird, um den Zessionar zur Einziehung der Forderung gegenüber dem Schuldner zu legitimieren, das Gläubigerrecht aber im übrigen dem Übertragenden verbleiben und jede andere Verfügung des Zessionars ausgeschlossen sein soll", denjenigen Fall, „daß der Inhaber A einer Forderung einen Anderen B beauftragt, zwar in seinem, des A, Interesse, aber im eigenen Namen und mit vollem Gläubigerrecht die Forderung einzutreiben oder sonst zu verwerten, und der Andere nur das, was er wirtschaftlich erzielt, dem Übertragenden abliefern, das Erzielte aber ebenso wie das Gläubigerrecht vor der Ablieferung dem Anderen ohne die Einschränkung, daß er nur zur Einziehung über die Forderung verfügen darf, gehören soll". Es ist klar, daß nur der erstere Fall mit seiner Zwecksetzung tatsächlich eine Inkassozession darstellt, auf den Müller auch die Untersuchung beschränkt. Obwohl er nun selbst davon spricht, daß „der Gläubiger seine Forderung einem Anderen überträgt", geht er später (S. 976 ff.) davon aus, daß die Parteien keine wahre Forderungsabtretung wollen, daß sie bloß wollen, daß der Inkassozessionar dem Schuldner gegenüber als Gläubiger gelten soll, daß dies allerdings eine ernstliche Erklärung, aber mangels des Willens, daß der Empfänger der Erklärung Gläubiger sein soll, keine Zessionserklärung, daß aber die

sonach gewollte Scheidung in formelles und materielles Gläubigerrecht nicht haltbar sei, und gelangt so zu seiner oben dargelegten Ansicht.

Wienstein versteht (bei Gruchot Bd. 46 S. 241 ff. sub II) in Übereinstimmung mit Stammler[9]) unter der fiduziarischen Abtretung „die Überlassung des Rechtes des Gläubigers zur selbständig berechtigten Einziehung" und erklärt (bei Gruchot Bd. 48 S. 485 ff. sub B): „Es ist keine Rechtsabtretung, sondern eine Vollmachtserteilung im Gewande der Abtretung". Die Inkassozession erscheint ihm daselbst als Inkassomandat.

Diese Schriftsteller zweifeln also teils an dem wahren und ernstlichen Willen der Parteien zur Rechtsübertragung, teils erkennen sie zwar diesen Willen an, setzen sich aber trotzdem in ihren Konstruktionen völlig darüber hinweg. Und die Parteien wählen und wollen doch eben gerade deswegen den Rechtsübergang, weil sie das ihnen von den obigen Schriftstellern jeweils unterschobene Rechtsgeschäft, Vollmachtserteilung, Verpfändung usw. nicht wollen.

§ 5.

Zulässigkeit.

Über die Zulässigkeit der fiduziarischen Zession besteht noch Streit. Daß die fiduziarischen Rechtsgeschäfte im positiven Rechte keine ausdrückliche Regelung finden, was insbesondere für Wienstein[1]) und Wilutzki[2]) einen Anlaß zu Zweifeln über ihre Zulässigkeit bietet, liegt im Wesen dieser, eben Lücken des Gesetzes ausfüllenden Rechtsgeschäfte begründet. Noch nie hat ein Gesetzgeber den Rechtssatz aufgestellt: „Ein Rechtsgeschäft, das einen infolge Mangelhaftigkeit

---

[9]) Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren Nr. 53 S. 195.

[1]) Gruchot Bd. 48 a. a. O.: „Nur beizutreten ist Stammler, wenn er in den Bestimmungen des BGB. über Abtretung keinen Grund für die Zulassung einer Zession von der hier fraglichen Beschaffenheit findet".

[2]) JurW. 1901 S. 711: „Zunächst dürfte es sich überhaupt fragen, ob das fiduziarische Geschäft, in seiner von der Praxis erfahrenen Ausgestaltung, als solches anzuerkennen ist. Es besteht insbesondere in der Praxis ein so allgemeines Vertrauen auf die unerschütterlich festen Grundlagen dieses Instituts, daß die Frage fast als ein Frevel erscheinen könnte. Und doch würde es schwer werden, eine Stelle der Gesetze zu bezeichnen, welche der ganzen Lehre zum sicheren Fundament gereichen könnte (auch im BGB. ist das fiduziarische Geschäft nur gestreift in § 223 Abs. 2). Es handelt sich um einen Bau juristischer Logik . . ., der kühn jede Begründung im Gesetz verschmäht".

meines Gesetzes nicht oder nur schwer erreichbaren Erfolg als contractus sui generis herbeiführt, ist wirksam". Solange ein solches Rechtsgeschäft nicht aus den allgemeinen Nichtigkeits- oder Anfechtbarkeitsgründen unwirksam ist, ist es zulässig und wirksam.

Man hat sich zur Begründung der Zulässigkeit der fiduziarischen Zession auf § 223 Abs. 2 BGB. berufen, wonach dann, wenn zur Sicherung eines Anspruches ein Recht übertragen ist, die Rückübertragung auf Grund der Verjährung des Anspruches nicht gefordert werden kann.[3]) Hiermit ist die Zulässigkeit einer hauptsächlichen Anwendungsform der fiduziarischen Zession, der Sicherungszession, ausdrücklich anerkannt. Es ist kein falscher Schluß, wenn man hieraus die ausdrückliche Anerkennung der fiduziarischen Zession schlechthin folgert. Dies ist jedoch, wie nachdrücklichst hervorgehoben sein mag, für die Zulässigkeit bedeutungslos, da sich diese mangels besonderer sie ausschließender Vorschriften aus der dargelegten abstrakten Natur der fiduziarischen Zession von selbst ergibt.[4])

Wer die Zulässigkeit leugnet, wie Stammler,[5]) kann dies nur in Verkennung des Wesens der fiduziarischen Zession. Bloß infolge seiner falschen Auffassung der fiduziarischen Zession als „eines Rechtsinstitutes, das zwischen einer einfachen Zession und einer bloßen Bevollmächtigung in der Mitte steht, das sich der utilis actio des Zessionars annähert, ohne doch mit dieser identisch zu sein", kann Stammler dazukommen, sie aus dem Gesichtspunkte des § 409 BGB. für unzulässig zu erklären, der „die Regel für die Behandlung einer angeblichen, tatsächlich aber nicht erfolgten oder nicht wirksamen Abtretung gibt".[6])

---

[3]) vgl. Entsch. d. RG. vom 10. 10. 1903 bei Gruchot Bd. 48 S. 867 ff. mit der daselbst zitierten Literatur und in der JurW. 1904 S. 6.

[4]) vgl. Eck a. a. O.; Engel a. a. O. S. 56; Enneccerus, BGB. § 138 sub II; Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 128; Schollmeyer, Komm. z. BGB. § 398 sub 4; Oertmann, Komm. z. BGB. Vorbem. zu § 398 sub 3, der ausführt, daß eine bloße Einschränkung der vorhandenen causa auf beschränkte Zwecke unmöglich die Wirksamkeit eines Aktes in Frage stellen könne, dessen Wirksamkeit durch das völlige Fehlen des Rechtsgrundes nicht beeinträchtigt werde.

[5]) a. a. O. Nr. 53 S. 193 ff.

[6]) vgl. die Bekämpfung der Stammlerschen Ansicht insbesondere durch v. Asseburg-Neindorf a. a. O. S. 43; Goldstaub a. a. O. S. 64; Wienstein bei Gruchot Bd. 46 a. a. O.; Hellmann in der Krit. VSchr. Bd. 41 S. 238.

Zweiter Teil.

Die Arten der fiduziarischen Zession.

Erster Abschnitt.

Die Sicherungszession.[1]

§ 6.

Es ist dies diejenige fiduziarische Zession, durch welche ein Schuldner seinem Gläubiger eine Forderung, die ihm selbst gegen einen Dritten zusteht, zur Sicherung für die eigene bereits bestehende oder zukünftige Schuld überträgt.[2]

Der für diese Art charakteristische Zweck ist sonach Sicherung des Gläubigers für eine Forderung. Das Normale zur Erreichung dieses Zweckes wäre Verpfändung einer Forderung; an Stelle derselben wird von den Parteien die Übertragung der Forderung gewählt. Charakteristisch für diese Zession ist weiter, daß sie vorgenommen wird zwischen zwei Personen, die bereits in einem Schuldverhältnisse zueinander stehen oder doch demnächst in ein solches zueinander treten. Die zwischen dem Zedenten und Zessionar vereinbarte Nebenabrede besteht darin, daß der Zessionar verpflichtet wird, für den Fall der Befriedigung seitens des Zedenten im Zeitpunkte der Befriedigung die Forderung an den Zedenten zurückzuübertragen bezw.

---

[1]) Ich bin mit Luetgebrune a. a. O. S. 2 Anm. 1 der Ansicht, daß die Bezeichnung „Sicherungszession" der Bezeichnung „Sicherheitszession" vorzuziehen ist, und zwar aus den daselbst aufgeführten Gründen, nämlich, daß „Sicherungszession" sprachlich korrekter ist und nach der Terminologie des BGB. „Sicherheit", „Sicherheitsleistung" sich nach §§ 232 ff. BGB. als festbestimmte Begriffe darstellen (vgl. dagegen § 223 Abs. 2 BGB.), während das RG. die beiden Bezeichnungen gleichmäßig verwendet, z. B. in der Entsch. Bd. 59 S. 191 ff.

[2]) vgl. Entsch. d. RG. vom 10. 10. 1903 bei Gruchot Bd. 48 S. 867 und in der JurW. 1904 S. 6.

für den Fall der Nichtbefriedigung den ihm aus dem Erlöse der zedierten Forderung verbleibenden Überschuß an den Zedenten abzuliefern, kurz: die Abrede der Rückzession bezw. der Herausgabe des Überschusses.

Wie zur Sicherung einer zukünftigen oder einer bedingten Forderung ein Pfandrecht bestellt werden kann (§ 1204 Abs. 1 u. 2 BGB.), so ist selbstverständlich auch für solche wie ebenso für betagte Forderungen die Sicherung durch Zession möglich. Sie kommt zur Sicherung der aus einer Geschäftsverbindung resultierenden zukünftigen Verbindlichkeiten im geschäftlichen Verkehre an Stelle der Hingabe einer Summe Geldes oder von Wertpapieren in Depot vor. Es ist ferner gleichgültig, ob die gesicherte Forderung eine klagbare ist oder nicht. Dies ist ausdrücklich in der einzigen Stelle des Bürgerlichen Gesetzbuches, welche das fiduziarische Rechtsgeschäft erwähnt, ausgesprochen. Indem § 223 Abs. 2 BGB. die Zulässigkeit der Sicherungszession voraussetzt, bestimmt er, daß der Zedent auf Grund der Verjährung der gesicherten Forderung nicht die Rückzession der zur Sicherung übertragenen Forderung vom Zessionar verlangen kann. Wenn sonach dann, wenn eine vorher klagbare Forderung zur klaglosen wird, ein Rückforderungsrecht nicht besteht, kann auch eine Sicherungszession von vornherein für eine nicht klagbare, also z. B. für eine bereits verjährte, Forderung erfolgen. Kann eine Forderung zur Sicherung für eine aus den Rechtsgeschäften der §§ 762—764 BGB. hervorgegangene unklagbare Forderung übertragen werden? In der Literatur ist diese Frage bis jetzt nur berührt worden, soweit eine Sicherheit im voraus für die erst entstehende Forderung geleistet worden ist; Oertmann[3]) und Crome[4]) nehmen im Gegensatze zu Cosack[5]) an, daß hier ein Rückforderungsrecht besteht, da es sich nicht um Erfüllung, sondern Sicherstellung handle. Daß die Bestellung eines Pfandrechtes, sowohl eines Faustpfandes als einer Hypothek, zur Sicherung einer solchen Forderung ungültig ist, ist herrschende Ansicht[6]) im Hinblick auf die Entsch. d. RG. Bd. 47 S. 48 ff., wonach „jede Vereinbarung, welche bezweckt, eine Spielschuld durch Hingabe einer Sache an

[3]) Komm. zu § 762 BGB. sub 1 c.

[4]) Bd. 2 § 289 S. 833 a. a. O.

[5]) BGB. Bd. 1 § 156 sub II, 2 b.

[6]) vgl. Planck, Komm. z. BGB. zu § 762 sub 3 d; Staudinger, Komm. z. BGB. zu § 762 sub III, 1 c.

Zahlungsstatt zu tilgen, nicht rechtsbeständig ist, wenn sie neben und trotz der an Erfüllungsstatt erfolgten Hingabe eines Wertobjektes eine persönliche Verpflichtung des Schuldners bestehen läßt". Nach dieser Auffassung des Reichsgerichtes wäre naturgemäß auch der fiduziarischen Zession hier die Rechtswirksamkeit abzusprechen. M. E. ist diese Interpretation des Reichsgerichtes eine zu weite, sie findet keine Stütze im Gesetze. Nach § 762 Abs. 2 BGB. kann aus einer Vereinbarung nicht geklagt werden, durch welche der verlierende Teil dem gewinnenden gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht; als eine solche Vereinbarung stellt sich jedoch die fiduziarische Übertragung einer Forderung seitens des verlierenden Teiles an den gewinnenden nicht dar, sondern sie begründet umgekehrt eine Verpflichtung des gewinnenden Teiles gegenüber dem verlierenden zur event. Rückübertragung. In der fiduziarischen Zession liegt eine Leistung im Sinne des § 762 Abs. 1 BGB. im Gegensatze zur Übernahme einer Verpflichtung nach § 762 Abs. 2 BGB., und es besteht sonach in diesen Fällen kein Rückforderungsrecht des verlierenden Teiles.

Der gesicherte Anspruch wird regelmäßig auf Leistung einer Geldsumme gehen, jedoch kann er auch die Leistung eines bestimmten Objektes, auch eine Handlung zum Inhalte haben.

Die Sicherungszession steht ihrem Zwecke nach an Stelle eines Forderungspfandrechtes. Von diesem unterscheidet sie sich hinsichtlich des Wesens und der Wirkungen in ganz erheblicher Weise.[7]) Vor allem erlangt bei der Forderungsverpfändung der Gesicherte bloß ein Pfandrecht an der Forderung, der bisherige Forderungsinhaber bleibt weiter Gläubiger der Forderung, während bei der Sicherungszession das Gläubigerrecht an der Forderung übergeht. Wenn sich infolgedessen der Gesicherte bei Nichtleistung seitens seines Schuldners aus der ihm verpfändeten bezw. zedierten Forderung befriedigt, macht er im Falle der Verpfändung ein fremdes, im Falle der Sicherungszession sein eigenes Recht geltend. Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht darin, daß das Forderungspfandrecht ein dem Forderungsrechte, zu dessen Sicherung es dient, streng akzessorisches Recht ist, daß es völlig an dessen Bestand gebunden ist, daß es mit dessen Erlöschen ipso iure endigt (§§ 1210 ff., 1273 BGB.). Bei der

---

[7]) vgl. insbesondere Caspari, Sicherungsübereignung und Sicherungszession S. 30 und Müller, Ford. und Sich. S. 24 ff.

Sicherungszession besteht die Sicherungsforderung völlig unabhängig von der gesicherten, ein Zusammenhang zwischen den beiden Forderungen tritt überhaupt nicht in Erscheinung, er macht sich bloß geltend im internen Verhältnisse zwischen Zedenten und Zessionar, indem das obligatorische Recht des Zedenten auf Rückübertragung bezw. Herausgabe eines event. Überschusses bedingt wird durch Tilgung der gesicherten Forderung bezw. Befriedigung des Zessionars aus der Sicherungsforderung bei Nichttilgung der gesicherten Forderung am Fälligkeitstermine; bis zur Rückübertragung bezw. Herausgabe aber bleibt die Forderungsübertragung mit ihren rechtlichen Wirkungen bestehen.[8]) Veräußert der Gläubiger die gesicherte Forderung, so erlangt der Erwerber nicht etwa nach § 401 Abs. 1 BGB. ein Recht, auch nicht ein obligatorisches, hinsichtlich der Sicherungsforderung.

Hier taucht nun die Frage auf, ob sich nicht die Sicherungszession als solche als nichtige Umgehung des Gesetzes darstellt, da ja dieses in § 1280 BGB. die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung von der Mitteilung der Verpfändung an den Schuldner abhängig macht, die Sicherungszession jedoch ohne derartige Mitteilung den gleichen wirtschaftlichen Erfolg bezweckt wie die Forderungsverpfändung. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der weiteren ab, ob das Gesetz jene Mitteilung als Voraussetzung bloß für die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung oder schlechthin für den Eintritt des ökonomischen Erfolges der Forderungsverpfändung, herbeigeführt durch welches Rechtsgeschäft auch immer, aufstellen wollte. Die Meinungen darüber sind noch geteilt. Nach der herrschenden Ansicht, die vertreten wird von Caspari,[9]) Müller,[10]) Hellwig,[11]) Rehbein,[12]) ist die Sicherungszession ohne Mitteilung an den Schuldner unwirksam. Der gegenteiligen, von Endemann[13]) vertretenen Ansicht schließe ich mich an. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keinen exklusiven Gesetzesbefehl, keine Verbotsnorm des Inhaltes, daß der mit einer Verpfändung verfolgte wirtschaftliche Zweck der Sicherung nur in der vom Bürgerlichen Gesetzbuche geregelten

---

[8]) vgl. die Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 161, 163 und die bei Gruchot Bd. 42 S. 950 ff.

[9]) a. a. O. S. 43/44.

[10]) Ford. und Sich. S. 20, 24.

[11]) Arch. f. ziv. Prax. Bd. 64 S. 369 ff. sub VI.

[12]) BGB. zu § 398 sub 17.

[13]) BGB. Bd. 2 § 143 sub 1 und § 144 sub 1 Anm. 3.

Form erreicht werden dürfe.[14]) § 1280 BGB. ist kein Verbotsgesetz, das eine der Anzeige nicht bedürftige Abtretung ausschlösse, er setzt lediglich eine speziell für die Forderungsverpfändung getroffene Voraussetzung fest. Deutlich geht dies hervor aus den Mot. Bd. 3 S. 855, 856, wo dieselben von den Erfordernissen der Forderungsverpfändung handeln: „Eine Steigerung der Erfordernisse der Forderungsverpfändung gegenüber den Erfordernissen der Forderungsübertragung behufs der besseren Kundbarmachung des Pfandrechtsbestandes ist erforderlich. . . Infolge des Erfordernisses der Benachrichtigung müssen die Forderungen einzeln kenntlich gemacht werden; dadurch wird den Gefahren vorgebeugt, welche aus einer generellen, eine Mehrheit von Forderungen in einer Bezeichnung begreifenden Verpfändung sich ergeben würden." Nicht bloß dieses eine Mal, sondern wiederholt sprechen die Motive, die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche davon, daß im Interesse der Sicherheit des Verkehres Pfandrechte verlautbart werden sollten.[15]) Es gibt sonach kein der Sicherungszession entgegenstehendes Gesetz, also kann sie auch keines umgehen, und wenn sie ausdrücklich als solche vorgenommen wird, wirkt sie nach §§ 398 ff. BGB. auch ohne Anzeige an den Schuldner. Ohne Anzeige an den Schuldner! Ja, wie sollte denn diese Anzeige überhaupt lauten? Niemals werden die Parteien bei der fiduziarischen Zession, wie man diese immer konstruieren mag, dem Schuldner mitteilen, daß die Forderung verpfändet sei, wie § 1280 BGB. verlangt, sondern höchstens, daß die Zession erfolgt sei, und eine solche Mitteilung wird sich selbst bei der ausgedehntesten Auslegung nicht mit § 1280 BGB. vereinen lassen. Es wird daher niemals eine Sicherungszession gleichzeitig die Voraussetzungen der Forderungsverpfändung erfüllen können. Darnach ist auch die Auffassung Schöningers,[16]) der ja das Wesen der fiduziarischen Zession überhaupt verkennt (vgl. oben § 4), ganz unhaltbar, der Zessionar habe, sobald seine Forderung gegen den Veräußerer fällig sei, gemäß

[14]) vgl. v. Asseburg-Neindorf a. a. O. S. 42; Lilienthal in der DJZ. 1902 S. 543; Linckelmann im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 7 S. 255; Entsch. d. RG. v. 10. 10. 1903 bei Gruchot Bd. 48 S. 867 und in der JurW. 1904 S. 6.

[15]) vgl. Mugdan, Mat. z. BGB. Bd. 3 S. 913.

[16]) a. a. O. S. 198.

§ 1282 BGB. das selbständige Einzugsrecht an der zedierten Forderung, „weil ihm jedenfalls die Rechte eines Pfandgläubigers zustehen". Mag man wie Schöninger die Sicherungszession als verdeckte Forderungsverpfändung ansehen, so wird man doch nicht zu diesem Resultat kommen können.

Die Sicherungszession stellt sich aber nicht nur nicht als unwirksame Gesetzesumgehung dar, sondern sie ist im modernen Verkehre, wie Endemann (a. a. O.) ausführt, eine höchst begrüßenswerte Erscheinung. Ist unser heutiges Pfandrecht schon an und für sich verwickelt, so gilt dies in erhöhtem Maße vom Pfandrecht an Rechten. Die Sicherungszession gibt dem in sich unklaren Begriffe eines solchen erst die richtige Grundlage und führt die zersplitterten Einzelvorschriften auf ihren einheitlichen Grundgedanken der Rechtsübertragung zu einem bestimmten Zwecke zurück, ein Gedanke, der allerdings in dem die Bedeutung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte nicht genügend würdigenden Gesetze nicht zu voller Anerkennung und Durchführung gelangt ist. Durch die Vornahme der Sicherungszession können und wollen sich die Beteiligten der Anwendung der verwickelten und zum Teil streitigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Pfandrecht an Rechten entziehen. Da die Sicherungszession klare und einfache Rechtsbeziehungen schafft, hat man allen Grund, sie im Verkehre zu bevorzugen. Endemann spricht schließlich den Wunsch aus, dem man sich nur anschließen kann, es möge sich hier die schöpferische Kraft des Gewohnheitsrechtes bewähren, indem im Verkehre die Sachenrechte an Rechten ersetzt werden durch fiduziarische Rechtsabtretungen, und sich hierfür objektive Rechtsnormen auf Grund allgemein gültiger Rechtsanschauungen entwickeln.[17])

Zweiter Abschnitt.

Die Inkassozession.

§ 7.

Es ist dies diejenige Zession, durch welche jemand eine ihm zustehende Forderung einem Dritten zum Zwecke ihrer Einkassierung, Einziehung überträgt.

[17]) vgl. noch die über Sicherungszessionen für das frühere Recht ergangenen Entsch. d. ROHG. Bd. 3 S. 432 ff., des RG. Bd. 30 S. 275 ff. und bei Gruchot Bd. 27 Nr. 126 S. 1088/89.

Der regelmäßige Fall ist der, daß A gegen B eine Forderung hat; er beauftragt den C, diese Forderung einzuziehen, indem er ihm hierzu die Forderung selbst überträgt. Der für diese Art charakteristische Zweck ist sonach Einkassierung, Einziehung der Forderung. Das Normale zur Erreichung dieses Zweckes wäre ein bloßes Inkasso-, Einziehungsmandat, ein Auftrag des Gläubigers an den Dritten, die für ihn, den Dritten, fremde Forderung in eigenem Namen für Rechnung des Auftraggebers geltend zu machen, und die Erteilung einer Vollmacht hierzu seitens des Gläubigers an den Dritten; statt zu einem bloßen Bevollmächtigten wird der Dritte nun zum Gläubiger gemacht, es wird ihm die Forderung zu vollem Gläubigerrechte übertragen. Die hier charakteristische Nebenabrede besteht darin, daß der Zessionar verpflichtet wird, den erzielten Erlös oder einen bestimmt vereinbarten Teil desselben an den Zedenten abzuliefern, dagegen seitens des Zedenten eine Vergütung erhält, die entweder in einer fest fixierten Summe oder in gewissen Prozenten der einkassierten Beträge besteht. Also regelmäßig Abrede der Herausgabe des Erlöses.

Ein vielumstrittener Punkt ist noch bei der Inkassozession der Widerruf des den Rechtsgrund der Abtretung bildenden Auftrages (Inkassomandates). Das durch den Auftrag zwischen Zedent und Zessionar begründete Rechtsverhältnis wird durch den hinzutretenden Abtretungsvertrag an sich nicht geändert,[1]) und grundsätzlich bleibt nach § 671 Abs. 1 BGB. der Auftrag widerruflich. Mit dem Widerrufe fällt „dem Zedenten gegenüber" die Berechtigung des Zessionars zur Einziehung der Forderung fort, jedoch ist es nach dem über das Wesen der Zession im allgemeinen, der fiduziarischen Zession im besonderen, ferner über die Gläubigerstellung des Zessionars Gesagten ganz klar, daß ein derartiger Widerruf an der Rechtsstellung des Zessionars nach Außen nichts ändern kann; die Gläubigerstellung, welche der Inkassozessionar mit Willen des Zedenten erhalten hat, kann ihm dieser durch eine einseitige Willenserklärung, als welche sich der Widerruf darstellt, nicht nehmen. Ein solcher Widerruf gibt dem widerrufenden Zedenten nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung gemäß §§ 812 ff. BGB., eine condictio ob causam finitam.[2]) Geleugnet wird dies natur-

[1]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 53 S. 416 ff.

[2]) vgl. Oertmann, Komm. Vorbem. 3 zum 4. Abschn. und zu § 404 sub 5; ferner Schöninger a. a. O. S. 173.

gemäß von denjenigen, welche in der Inkassozession ein Inkassomandat sehen.[3]) Auch das Reichsgericht hat dies Bd. 53 S. 416 ff. beklagenswerterweise verkannt; es kennt daselbst, ebenso wie Staudinger,[4]) einen „Widerruf der Abtretung". Was der Zessionar nach dem Widerrufe einzieht, fällt nach wie vor in sein Vermögen, nicht jedoch zieht er es, wie Rehbein[5]) annimmt, für den Zedenten ein. Ebensowenig können Zedent und Schuldner mit Wirkung gegen den Zessionar verhandeln; das ist vom Oberlandesgerichte Dresden in einem Urteile v. 6. 6. 1904[6]) verkannt, wonach durch die Inkassozession das Gläubigerrecht des Zedenten nicht ausgeschlossen werde und er über den Kopf des Zessionars hinweg mit dem Schuldner bindende Vereinbarungen treffen könne.

Möglich ist es, daß der Zedent im konkreten Falle nicht zum Widerrufe in dem oben entwickelten Sinne berechtigt, daß der Widerruf ausgeschlossen worden ist; es ist dies Gegenstand der näheren Regelung des internen Verhältnisses zwischen Zedenten und Zessionar.

Im modernen Verkehrsleben haben sich eigene Inkassoinstitute, Inkassogeschäfte herausgebildet, deren Inhaber sich gewerbs-, berufsmäßig mit dem Einzuge fremder Forderungen, die sie sich zu diesem Zwecke zedieren lassen, befassen. Derartige Institute sind äußerst begrüßenswert, sie sind geradezu unentbehrlich; z. B. es erbt jemand, der selbst geschäftsunerfahren ist, Forderungen, oder es hat jemand, dessen Zeit sehr in Anspruch genommen ist, ausstehende Forderungen in größerer Zahl. In solchen Fällen sind die Inkassoinstitute von unschätzbarem Werte. Sie gewähren weiter den großen Vorteil, daß sie, nachdem sie viel mehr in der Öffentlichkeit stehen als ein Privatmann und ihr Geschäftsgebaren infolgedessen leichter kontrolliert werden kann, dem Zedenten eine größere Sicherheit dafür bieten, daß mit der zedierten Forderung nur seinen Weisungen entsprechend verfahren wird; der Inkassogeschäftsinhaber weiß, daß er durch eine einzige Unregelmäßigkeit das Todesurteil über sein Geschäft spricht. Daß derartige Inkassogeschäftsinhaber aber nicht durch Vornahme einer Zession den § 157 Abs. 2 ZPO. umgehen wollen, ist selbstverständlich, da sie nicht unter denselben fallen können. „Die Zurück-

---

[3]) vgl. z. B. Wienstein bei Gruchot Bd. 48 S. 485 ff. sub B.
[4]) a. a. O. zu § 398 BGB. sub 5.
[5]) a. a. O. Bd. 2 zu § 398 BGB. sub 16.
[6]) Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 30.

weisung nach § 157 Abs. 2 ZPO. setzt voraus, daß die Person das mündliche Verhandeln vor Gericht, und zwar geschäftsmäßig betreibt; der bloße gewerbsmäßige Betrieb von Kommissions-, Agentur- und ähnlichen Geschäften genügt also für sich allein noch nicht." [7]) Das mündliche Verhandeln vor Gericht ist nur ein, nicht einmal regelmäßig vorhandener Teil der Inkassotätigkeit.[8]) Der Inkassogeschäftsinhaber läßt sich die Forderung abtreten, um dem Schuldner gegenüber mit größerer Energie und Selbständigkeit auftreten zu können.[9])

Wohl zu unterscheiden hiervon sind die sogen. Winkeladvokaten, welche normalerweise eine Zurückweisung nach § 157 Abs. 2 ZPO. zu gewärtigen haben und zur Vermeidung derselben sich die Forderung zedieren lassen. Die Ansichten über die Wirksamkeit dieser Zession sind geteilt. Die Kommentare vertreten durchweg die Ansicht, daß keine Zurückweisung erfolgen könne, wenn der Winkeladvokat auf Grund Zession als Partei auftritt, „denn § 157 Abs. 2 ist kein Verbotsgesetz, so daß ein Handeln in fraudem legis vorläge".[7]) Kohler[10]) dagegen ist der Anschauung, daß in der Zession des Anspruches an den Winkeladvokaten eine diese Zession unwirksam machende Umgehung des Gesetzes über das Verbot der Winkeladvokatur liege, da § 157 Abs. 2 ZPO. verhüten wolle, daß die materiellen Interessen der Parteien durch die Manöver rechtsunkundiger und oft sittlich haltloser Individuen gefährdet würden, und daß sonach ein derartiger Zessionar auch unter § 157 Abs. 2 ZPO. falle. Diese Kohlersche Ansicht wird geteilt von Küster.[8]) Ich schließe mich der Auffassung der Kommentare, insbesondere der zitierten Gaupp-Steins, an und nehme für die Richtigkeit meiner Ansicht noch den neuen Entwurf eines Gesetzes, betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung usw.[11]) in An-

---

[7]) Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. zu § 157 Abs. 2 ZPO.

[8]) Dies ist vor allem verkannt von Küster in seiner Abhandlung in der JurW. 1907 S. 161 ff., der annimmt, daß die Voraussetzungen des § 157 Abs. 2 ZPO. vornehmlich bei Inhabern von Inkassobüros gegeben seien, indem er von der falschen Ansicht ausgeht, daß Zessionen an dieselben lediglich im Hinblick auf § 157 Abs. 2 ZPO. zwecks Umgehung desselben vorgenommen würden.

[9]) vgl. Schöninger a. a. O. S. 175.

[10]) a. a. O. S. 149.

[11]) Veröffentlicht in der Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger v. 5. 10. 1907 Nr. 238.

spruch; hiernach soll nämlich § 157 ZPO. in der Richtung ergänzt werden, daß dem Gerichte die Befugnis eingeräumt werden soll, einer Partei, die einen ihr abgetretenen Anspruch geltend macht, den Vortrag zu untersagen, wenn die Partei das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt und ihr nach der Überzeugung des Gerichtes der Anspruch abgetreten ist, um eine Zurückweisung auf Grund des § 157 ZPO. zu vermeiden.[12])

Die Vornahme einer Inkassozession kann den verschiedenartigsten Motiven entspringen, so z. B. der Bequemlichkeit des Zedenten, der die Mühseligkeiten der Einziehung scheut, ferner möglicherweise einer größeren Einfachheit der Einkassierung durch einen Anderen etwa bei Verschiedenheit des Wohnortes des Zedenten und seines Schuldners u. a. m. Durchaus liegt es nicht im Wesen der Inkassozession, daß sie vorgenommen wird, um den Schuldner zu benachteiligen, wie dies manche irrig annehmen.[13]) Diejenigen Fälle, in welchen der Gläubiger seine Forderung einem Dritten zur Einziehung überträgt deshalb, um den Schuldner schlechter zu stellen, sind spezielle Fälle der Inkassozession. Es werden hierher gerechnet die Zeugenschaftszession und die Prozeßkostenzession.

Die Zeugenschaftszession ist die Inkassozession, welche vorgenommen wird, um dem Zedenten das Auftreten als Zeuge in dem Prozesse des Zessionars gegen den Schuldner zu ermöglichen. Diese Form kommt im gegenwärtigen Rechtsverkehre ungemein häufig vor. Wenn jemand eine bestrittene Forderung hat, zediert er sie zum Inkasso, und zwar speziell zur Einklagung an einen guten Freund, um dann im Prozeß zwischen Zessionar und Schuldner das Bestehen der eingeklagten Forderung bezeugen zu können. Staudinger[4]) und Kuhlenbeck[14]) halten eine solche Zession für nichtig nach § 138 BGB. Dieser Ansicht ist beizupflichten; eine solche Forderungsübertragung beruht auf einem unlauteren Beweggrunde; darin, daß sich jemand künstlich in sich selbst ein Beweismittel schafft, liegt eine unehrliche Handlungsweise, ein Verstoß gegen die guten Sitten. Dies

---

[12]) vgl. hierzu die Ausführungen Seufferts in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1907 S. 422/23.

[13]) Schöninger a. a. O. S. 194 und Müller, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 72 S. 968; dagegen Klinge a. a. O. S. 12, 24 und Wendt a. a. O. S. 275; vgl. auch Dreyer bei Gruchot Bd. 40 S. 233 ff., 449 ff. § 5.

[14]) Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 341

ist auch der Standpunkt des Reichsgerichts, den es in einem Urteile vom 16. 3. 1906[15]) zum Ausdrucke gebracht hat. Nun ist es aber Sache des Schuldners, den Nachweis zu liefern, daß die Zession nur zu dem angegebenen Zwecke erfolgt sei, ein wahrhaft diabolischer Beweis; er wird wohl bloß durch Eideszuschiebung an den Kläger möglich sein, und diesen Eid wird, wie Wienstein[16]) richtig bemerkt, der Kläger, zumal bei etwas weitem Gewissen, der Regel nach leisten. Nur selten wird sich auf Grund von Indizien eine der schuldnerischen Behauptung entsprechende Überzeugung des Gerichtes bilden.

Die Prozeßkostenzession ist diejenige Inkassozession, welche von einem vermögenden Zedenten an einen nicht vermögenden Zessionar aus dem Grunde vorgenommen wird, um im Falle des Unterliegens im Prozesse nicht die Prozeßkosten zahlen zu müssen. Diese Zession ist, wie allseits anerkannt wird, an und für sich voll wirksam. Sie bedingt keinesfalls einen prozessualen Nachteil für den Schuldner. Ein vermögensrechtlicher Schaden für diesen ist nur möglich im Falle des Unterliegens des Zessionars hinsichtlich eines Teiles der Kosten. Es hat der Schuldner dann keine Bereicherungsklage gemäß § 812 BGB. an den Zedenten, da dieser nicht ohne rechtlichen Grund bereichert ist; er hat sich Kosten erspart, indem er von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, ohne hierdurch eine verwerfliche Handlung im rechtlichen Sinne zu begehen.[17])

Hierher gehört ferner die von Kuhlenbeck in einer längeren Abhandlung[18]) erörterte Sicherheitsleistungsbefreiungszession. Der Fall ist nach Kuhlenbeck folgender: Ein Ausländer A überträgt seinem in Deutschland wohnenden Geschäftsfreunde B eine Forderung gegen den ebenfalls in Deutschland wohnenden Schuldner C lediglich zum Zwecke der Einklagung und in der Absicht, der im Falle persönlicher Einklage zu besorgenden Einrede der mangelnden Sicherheit wegen der Prozeßkosten vorzubeugen, nebenbei auch, um die für den Ausländer höheren Gerichtskostenvorschüsse zu sparen (§ 110 ZPO.; § 85 GKG.). Es fragt sich zunächst, ob hierin eine nach § 134 BGB. nichtige Umgehung des § 110 ZPO. liegt. Diese Frage ist mit Kuhlenbeck zu verneinen, da § 110 ZPO. nicht auch ein Zessions-

[15]) JurW. 1906 S. 329.

[16]) Gruchot Bd. 46 S. 241 ff.

[17]) vgl. Staudinger a. a. O.; Schöninger a. a. O. S. 175 u. 190; Dernburg, BGB. § 135 sub IV und die daselbst zit. Rechtsprechung.

[18]) Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 337 ff.

verbot von Ausländern an Inländer in sich schließt. Die Frage, ob diese Zession nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sei, wird von Kuhlenbeck ebenfalls mit Recht verneint, da „die Ersparung von Gerichtskosten, die Vorbeugung einer prozeßhindernden Einrede an sich nichts Sittenwidriges ist".

Schließlich gehören hierher die Fälle, in denen ein Ausländer, z. B. ein Schweizer, der im Inlande auf Grund des § 114 Abs. 2 ZPO. das Armenrecht nicht bewilligt bekam, eine Forderung zur Einklagung an einen vermögenslosen Inländer zediert, um auf diese Weise das Armenrecht zu erlangen.[19] [20])

Dritter Abschnitt.

Die übrigen fiduziarischen Zessionen, insbesondere die Benutzungszessionen.

§ 8.

Wie schon erwähnt, ist die Mannigfaltigkeit der fiduziarischen Zessionen ebenso groß wie die der Rechtsgeschäfte überhaupt, es ist ganz undenkbar, eine Aufzählung derselben auch nur versuchen zu wollen. Immerhin muß in Kürze noch einiger charakteristischer Arten gedacht werden.

Sehr interessant ist eine neuerdings immer mehr aufkommende Form der fiduziarischen Zession, die Verwaltungszession. Hier werden die sämtlichen Aktiven eines Rechtssubjektes, gewöhnlich eines und zwar insolventen Bankinstitutes, an ein anderes Rechtssubjekt, gewöhnlich ebenfalls ein größeres Institut, in der Regel eine Treuhandgesellschaft, zum Zwecke der vollständigen Verwaltung übertragen.[1]) Es ist dies eine Maßnahme im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger. Zweck der Zession ist die Verwaltung sämtlicher Forderungen zu eigenem Rechte. Dem Zessionar wird vom Zedenten das Recht eingeräumt, über jede Forderung innerhalb der Grenzen einer ordnungs- und zweckmäßigen Verwaltung nach freiem Gutdünken zu

---

[19]) Seufferts Arch. Bd. 51 Nr. 137.

[20]) vgl. noch die über Inkassozessionen für das frühere Recht ergangenen Entsch. in Seufferts Arch. Bd. 21 Nr. 43, Bd. 22 Nr. 34, Bd. 30 Nr. 20.

[1]) So hat z. B. die insolvente Bankfirma Friedländer & Pollack in Berlin im Mai 1907 ihre sämtlichen Aktiven der Deutschen Treuhandgesellschaft in Berlin zur fiduziarischen Verwaltung übertragen (vgl. „Münch. Neueste Nachr." v. 9. 5. 1907).

verfügen, es wird bei dieser fiduziarischen Zession dem Zessionar seitens des Zedenten der weiteste Spielraum gegeben.

Es kommen nun Zessionen vor zu dem Zwecke, daß der Zessionar von der Forderung einen bestimmten vereinbarten Gebrauch macht, sei es im eigenen Interesse oder in dem des Zedenten, und nach gemachtem Gebrauche die Forderung zurückübertragen soll. In einem Urteile v. 7. 3. 1885 hat sich das Reichsgericht mit einer zu dem Zwecke erfolgten Zession beschäftigt, um dem Zessionar die Möglichkeit einer Bietungskaution bei der Subhastation des verpfändeten Grundstückes zu verschaffen.[2])

In einem Urteile v. 4. 7. 1898 befaßt sich das Reichsgericht mit einer vom Zedenten zu dem Zwecke vorgenommenen Zession, um der Zessionarin in dem wider sie eingeleiteten Strafverfahren zu nützen.[3])

Sehr häufig kommt gegenwärtig die Übertragung von Aktien, sowohl von Inhaber- als von Namensaktien, — bei letzteren unter Eintragung im Aktienbuche gemäß §§ 222, 223 HGB. — zu dem Zwecke vor, daß der Erwerber der Aktie an der Generalversammlung teilnehmen, daselbst nach §§ 250, 252 HGB. Stimmrecht ausüben, event. Anfechtungsklage gegen einen Generalversammlungsbeschluß zufolge §§ 271 ff. HGB. erheben könne.[4]) Nach Staub[5]) wird durch eine solche Übertragung der Zessionar nicht Eigentümer der Aktie, sondern er soll bloß nach Außen als solcher legitimiert werden, es findet statt „eine Legitimationsübertragung", „cessio in legitimationem", mit der Wirkung jedoch, daß der Zessionar sowohl die Rechte als Pflichten eines Aktionärs hat.[6])

---

[2]) Bolze Bd. 1 Nr. 318.

[3]) JurW. 1898 S. 504 Nr. 14.

[4]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 30 S. 51, Bd. 40 S. 82; ferner die bei Staub a. a. O. zu § 223 Anm. 17 zit. Rechtsprechung.

[5]) a. a. O. zu § 222 Anm. 16—23, § 223 Anm. 17—19, § 225 Anm. 4 u. 5.

[6]) vgl. ferner Riedel a. a. O. S. 513 Anm.; Dreyer a. a. O. § 7.

Dritter Teil.

Die Wirkungen der fiduziarischen Zession.

Erster Abschnitt.

Die materiellrechtlichen Wirkungen.

1. Kapitel: Die dingliche Wirkung.

§ 9.

Wie schon mehrfach betont, liegt im Wesen der fiduziarischen Zession Übertragung einer Forderung zu vollem Gläubigerrechte mit allen rechtlichen Folgen dieser Forderungsübertragung. Diese dingliche Wirkung des Hauptgeschäftes wird nicht im geringsten berührt durch die im Kausalvertrage getroffenen Vereinbarungen. Es wurde bereits oben erwähnt, daß zwar die Mehrzahl der Schriftsteller hinsichtlich dieses Wesens übereinstimmt, jedoch eine Anzahl nicht die strikten Konsequenzen daraus zieht.

Im einzelnen sind die Folgen der dinglichen Wirkung:

A. Im Zivilrechte.

Der fiduziarische Zessionar unterscheidet sich grundsätzlich nicht von jedem gewöhnlichen Zessionar. Er kann als alleiniger Gläubiger gemäß § 398 BGB. wirksam über die Forderung verfügen. Er ist befugt zur Aufrechnung, Novation, Stundung, Weiterübertragung, Verpfändung, zum Erlaß der Forderung, zum Vergleich über dieselbe. Zieht er die Forderung ein oder überträgt er sie weiter, so fällt der Wert, den er dafür erhält, in sein Vermögen; das gleiche gilt von den Zinsen einer zinstragenden Forderung. Bestand der Inhalt der Forderung in der Leistung einer Sache, so erwirbt der Zessionar mit der Einziehung das Eigentum. Mit der abgetretenen Forderung gehen auf den Fiduziar alle gemäß § 401 BGB. be-

stehenden Sicherungsrechte über.[1]) Verweigert etwa der Zedent dem Zessionar die Herausgabe der in seinem Besitze befindlichen, zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, so kann der Zessionar zufolge § 402 BGB. auf Herausgabe derselben klagen; der Zedent hat ferner dem Zessionar gegenüber die Pflicht, ihm die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm auf Verlangen eine Abtretungsurkunde nach Maßgabe des § 403 BGB. auszustellen.

Alle, auch die vertragswidrigen Verfügungen des Zessionars, sind rechtsbeständig, gleichgültig, ob der Gegenkontrahent des Fiduziars, welcher entweder der Schuldner (Aufrechnung, Stundung usw.) oder ein Dritter (Weiterzession) sein kann, die fiduziarische Natur der Zession gekannt hat oder nicht. Zweck und Nebenabreden des zwischen Zedenten und Zessionar abgeschlossenen Rechtsgeschäftes berühren den Schuldner bezw. den Dritten ebensowenig wie etwa die Motive des Rechtsgeschäftes. Die Kenntnis davon, daß der Zessionar durch eine Verfügung die gegenüber dem Zedenten übernommenen Verpflichtungen verletzt, vermag auch gar nicht eine mala fides des Schuldners bezw. Dritten im technischen Sinne zu begründen, weil er sich eben nur an die äußerlich vorhandene Tatsache des erfolgten Forderungsüberganges zu halten hat, unabhängig von dem, was Zedent und Zessionar hinsichtlich der Ausübung des Verfügungsrechtes des letzteren unter sich vereinbart haben. Dabei ist es gleichgültig, woher sich der Schuldner seine Kenntnis verschafft hat, ob er sie etwa aus der ihm vorgelegten Abtretungsurkunde schöpft. Infolgedessen wird der Schuldner auch nicht durch eine Leistung befreit, die er in Kenntnis der fiduziarischen Forderungsübertragung an den Zedenten macht (§ 407 BGB.).[2])

Hat so einerseits der Zessionar das volle Verfügungsrecht über die Forderung, so hat sich andererseits der Zedent desselben völlig begeben, die Forderung ist aus seinem Vermögen ausgeschieden. Eine Verfügung von seiner Seite wäre die eines Nichtberechtigten mit der Folge des § 185 BGB.

---

[1]) vgl. Entsch. d. RG. v. 30. 6. 1892 bei Gruchot Bd. 37 S. 119ff.

[2]) vgl. dagegen Entsch. d. RG. bei Gruchot Bd. 42 S. 950ff.

B. Im öffentlichen Rechte (Strafrechte und Verwaltungsrechte).

Im Strafrechte handelt es sich hauptsächlich um die Frage, ob der Fiduziar sich einer strafbaren Handlung schuldig macht, wenn er den Weisungen des Fiduzianten zuwider über die Forderung verfügt. Die Beantwortung dieser Frage ist abhängig von der Vorfrage, inwieweit die Begriffe des Zivilrechtes maßgebend sind für das Strafrecht. Die Ansichten darüber sind in der Theorie noch nicht geklärt,[3]) während in der Praxis die zivilrechtlichen Begriffe im Strafrechte uneingeschränkt verwendet werden. Und dies mit vollem Rechte! Wenn man, wie Schröder,[3]) in der Weise unterscheidet, daß nur „überall da, wo das von der Privatrechtsordnung geschaffene Lebensgut selbst es ist, um dessen Schutz es sich handelt, zu dessen Sicherung das Strafrecht eingreift, wo mithin der Schwerpunkt der Strafbarkeit in dem zivilrechtswidrigen Erfolge der Handlung liegt, der Inhalt des Begriffes dem jeweils geltenden bürgerlichen Rechte zu entnehmen sei, mit allen seinen Konsequenzen, jedoch nicht da, wo das Interesse des Staates an der Bestrafung durch besonders hervortretende Mißbilligung der menschlichen Willensbetätigung gegeben ist, da hier nur wird Gewicht darauf gelegt werden dürfen, daß die Handlung es ist, die die Strafe erheischt", wird man, obwohl diese Unterscheidung zweifellos zu einer ausdehnenden Interpretation der Strafgesetze führt, in unseren Fällen, wo ja der Schwerpunkt der Strafbarkeit nur in dem zivilrechtswidrigen Erfolge der Handlung liegen kann, zu einer uneingeschränkten Verwendung der Zivilrechtsbegriffe kommen. Meines Erachtens muß das Strafrecht strikte mit den Begriffen des Zivilrechtes operieren da, wo es sich überhaupt mit dem Schutze zivilrechtlicher Verhältnisse befaßt, wie für das Strafrecht auch die Begriffe des öffentlichen Rechtes, des Staatsrechtes, Kirchenrechtes, maßgebend sein müssen da, wo es Bestimmungen zum Schutze von Verhältnissen und Einrichtungen des öffentlichen Rechtes trifft.

Als strafbare Handlungen können nun hier in Betracht kommen Betrug gemäß § 263 StGB., Untreue gemäß § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB., Unterschlagung gemäß § 246 StGB. Diejenigen, welche das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes verkennen, sehen einen Betrug darin, daß der fiduziarische Zessionar dem Dritten die falsche

[3]) vgl. Schröder im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 97 S. 361 ff., insbesondere S. 376 u. 383.

Tatsache seiner Gläubigerberechtigung vorspiegele bezw. die wahre Tatsache seiner Nichtberechtigung unterdrücke. Nun ist aber der Fiduziar tatsächlich Gläubiger und spiegelt daher gar nichts Falsches vor, bezw. unterdrückt nichts Wahres. Eine Veranlassung oder gar eine rechtliche Verpflichtung, den Dritten über sein Verhältnis zum Fiduzianten aufzuklären, besteht für den Fiduziar um so weniger, als ja dieses Verhältnis für den Dritten belanglos ist.

Die Untreue bestimmt sich nach Frank[4]) als die vermögensrechtliche Benachteiligung einer Person innerhalb eines Verhältnisses, kraft dessen der Täter zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten verpflichtet ist. Diese Verhältnisse zählt das Gesetz abschließend auf in § 266. Nach Abs. 1 Ziff. 2 sind strafbar Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen. Nur der Bevollmächtigte, also insbesondere der Inkassobevollmächtigte, nicht der materielle Forderungsinhaber, der Inkassozessionar, nur Forderungen des Auftraggebers, nicht eigene Forderungen des Inkassozessionars können nach dem Wortlaute des Gesetzes unter diese Bestimmung fallen, für welche, auch nach der übereinstimmenden Ansicht der Kommentare, ausschließlich die zivilrechtlichen Begriffe Verwendung finden.[5]) Bedauerlicherweise wird von unseren Strafgerichten in Fällen typischer fiduziarischer Zession in Verkennung der rechtlichen Natur derselben vielfach der Zessionar aus § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. verurteilt, wie mir aus eigener Erfahrung bekannt ist.

Eine Unterschlagung ist bei der fiduziarischen Zession in der Weise denkbar, daß der Zessionar entgegen der übernommenen Verpflichtung das Beigetriebene für sich verwendet. Nachdem jedoch, wie oben ausgeführt, das Beigetriebene Bestandteil seines Vermögens geworden ist, fehlt es am Tatbestandsmerkmale der „fremden" Sache, eine Unterschlagung liegt nicht vor.[6]) Die Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 344, in welcher ein Vergehen der Unterschlagung angenommen wird, läßt sich für die fiduziarischen Geschäfte nicht heranziehen, da es sich dort nicht um ein fiduziarisches, sondern um ein simuliertes Rechtsgeschäft handelt.[7])

---

[4]) Das Strafgesetzbuch, zu § 266 StGB. sub I—IV.

[5]) vgl. dagegen Entsch. d. RG. in Bl. f. Rechtsanw. Bd. 72 S. 991/92.

[6]) vgl. Schollmeyer a. a. O. zu § 398 BGB. Ziff. 4 S. 362.

[7]) Auch Dernburg hat dies jetzt BGB. Bd. 1 S. 567 Anm. 13 eingesehen

Sehr häufig kommen im täglichen Verkehre Inkassogeschäftsinhaber in unangenehme Berührung mit § 35 GewO. Nach Abs. 3 desselben ist die gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in bezug auf diesen Gewerbebetrieb dartun, in Abs. 6 ist für die Personen, welche ein derartiges Gewerbe beginnen, die Verpflichtung festgesetzt, bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebes der zuständigen Behörde hiervon Anzeige zu machen; § 148 Abs. 1 Ziff. 4 GewO. endlich enthält Strafbestimmungen für den Fall der Fortsetzung des Betriebes trotz erfolgter Untersagung und für den Fall der Unterlassung der vorgeschriebenen Anzeige. Können überhaupt und event. inwieweit Inkassozessionen unter die Vorschrift des § 35 GewO., unter die gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten fallen? Die Ansichten hierüber zeigen das größte Durcheinander. Nach einer Entsch. d. KG. vom 26. 3. 1903 [8]) „besorgt der Inkassomandatar ‚fremde' Rechtsangelegenheiten auch dann, wenn der Gläubiger ihm die Forderung, die beigetrieben werden soll, zu Eigentum abgetreten hat", da entscheidend sei das interne Verhältnis, und ebenso erklärt eine Entsch. d. braunschw. VGH. vom 8. 10. 1902,[9]) „daß schon der gewerbsmäßige Betrieb des Inkassogeschäftes als solcher unter den Begriff der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten fällt".[10]) Im Gegensatze hierzu heißt es in einer Entsch. d. bayer. VGH. vom 10. 12. 1902,[11]) woselbst es sich um die Untersagung des Gewerbebetriebes ungeachtet vorläufiger Aufgabe desselben handelt: „Im vorliegenden Falle liegt ein Nachweis dafür, daß B vom März 1902 ab noch fremde Rechtsangelegenheiten tatsächlich besorgt habe, nicht vor. Er hat zwar auch nach diesem Zeitpunkte noch eine Reihe Forderungsklagen beim Kgl. Amtsgerichte M. eingereicht und betrieben, jedoch nur im eigenen Namen als Zessionar und ohne daß nachgewiesen werden konnte, daß die Zessionen lediglich Scheingeschäfte seien". Unter „Rechtsangelegenheiten" im Sinne des § 35 Abs. 3 GewO. sind nach einer Entsch. d.

---

im Gegensatz zu Pand. Bd. 1 § 100; vgl. auch Lang im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 83 S. 343.

[8]) Regers Entsch. Bd. 24 S. 250; GewArch. Bd. 2 S. 623.

[9]) Regers Entsch. Bd. 24 S. 250; GewArch. Bd. 3 S. 264.

[10]) vgl. auch Reger-Stöhsel, GewO. zu § 35 Anm. 8.

[11]) Regers Entsch. Bd. 24 S. 37.

sächs. OVGH. vom 20. 6. 1906[12]) „nur solche Angelegenheiten zu verstehen, die dem Rechtsgebiete angehören und daher die rechtlichen, nicht die wirtschaftlichen oder sonstigen Interessen einer Person berühren".[13]) In dieser Entscheidung ist weiter (S. 435) ausgesprochen, daß es bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um einen unter § 35 Abs. 3 GewO. fallenden Gewerbebetrieb handle, nicht auf dessen Bezeichnung ankomme, sondern darauf, wie er im einzelnen Falle tatsächlich ausgeübt werde.[14])

Interessant ist eine Entscheidung des Landgerichts München I v. 14. 11. 1906.[15]) Der Fall war der, daß der wegen Übertretung des § 35 Abs. 6 GewO. angeklagte Inkassogeschäftsinhaber, wie er durch Zeugen nachwies, Forderungen aufkaufte, dem Verkäufer 50 % des Nominalbetrages versprach und einen Wechsel hierüber ausstellte, der bis zur Beitreibung der Schuld (die der Angeklagte selbständig ausklagt, für die er auch die Klagekosten aus eigener Tasche trägt) immer wieder prolongiert werden muß. Das Schöffengericht hatte den Angeklagten freigesprochen, da er nur käuflich erworbene Forderungen ausklage, somit nicht fremde, sondern eigene Rechtsangelegenheiten besorge.[16]) Das Landgericht verurteilte auf Berufung des Amtsanwaltes hin — und dieses Urteil wurde vom Obersten Landesgericht bestätigt — mit der Begründung, daß dann, wenn ein Forderungskaufsgeschäft in einer Weise betrieben werde, daß das wirtschaftliche Risiko für die Einbringlichkeit der Forderungen bei dem ursprünglichen Inhaber bleibe, der Käufer bei der Beitreibung faktisch nicht eigene, sondern fremde Rechtsangelegenheiten besorge. Wenn nun zwar § 35 GewO. von der Besorgung fremder „Rechtsangelegenheiten", also weder fremder „Rechtsgeschäfte" noch fremder „Rechte" spricht, sonach einen sehr weiten Begriff wählt, muß man m. E. doch immer mit der Entscheidung des sächs. Oberverwaltungsgerichtshofes im Auge behalten, daß es sich um Rechtsangelegenheiten handeln muß, nicht um wirtschaftliche Interessen, daß somit die Inkassozessionen betreibenden Inkassoinstitute nicht unter

---

[12]) GewArch. Bd. 6 S. 277, 432 ff.; DJZ. 1906 S. 1033.

[13]) Ebenso die Komm. zur RGewO. von Rohrscheidt zu § 35 Anm. 36; Schicker zu § 35 Anm. 11; Landmann zu § 35 Anm. 8 S. 340 ff.; ferner Nelken, Gewerberecht Bd. 1 S. 561.

[14]) vgl. Regers Entsch. Bd. 17 S. 7.

[15]) Ber. Reg.-Nr. 1099/06.

[16]) vgl. auch „Münch. Neuest. Nachr." v. 14. 10. 1906.

§ 35 GewO. fallen. Andere Konstruktionen entspringen der Tendenz, der Winkeladvokatur möglichst den Garaus zu machen, sind jedoch mit dem Gesetze unvereinbar.

2. Kapitel: **Die obligatorische Wirkung.**

§ 10.

Von wesentlich größerem Interesse als der dingliche Vertrag ist der obligatorische. Er ist es ja, welcher das ganze Rechtsgeschäft erst zu einem eigenartigen macht. Wie der dingliche Vertrag völlig unabhängig ist vom obligatorischen, so auch umgekehrt dieser vom dinglichen.[1]) Der obligatorische Vertrag kann sich darstellen als ein vom bürgerlichen Rechte geregelter Vertragstypus, als Auftrag oder Dienstvertrag, wird aber ebenso häufig ein contractus sui generis sein. Er ist für den Fiduzianten das Korrelat gegenüber der dem Fiduziar durch die Zession eingeräumten Machtstellung. Aus ihm entstehen zwar Rechte und Pflichten sowohl auf seiten des Fiduzianten als auf seiten des Fiduziars, von Bedeutung sind jedoch hauptsächlich nur die Verpflichtungen des Fiduziars und die ihnen entsprechenden Rechte des Fiduzianten. Der Fiduziar wird verpflichtet, ganz den Weisungen des Fiduzianten zu folgen, über die Forderung nur in der ihm vorgeschriebenen beschränkten Art zu verfügen. An Stelle der bisher im Vermögen des Zedenten befindlichen, nunmehr an den Zessionar abgetretenen Forderung gegen einen Dritten tritt eine Forderung gegen den Zessionar. Ihr Inhalt ist verschieden je nach dem Zwecke der Forderungsübertragung. Daß jede einzelne Form der fiduziarischen Forderungsübertragung eine ihr charakteristische Nebenabrede aufweist, wurde bereits oben im einzelnen gezeigt. Sie kann bestehen in der Rückübertragung der Forderung oder in der Herausgabe des für dieselbe erzielten Erlöses bezw. des Überschusses. Durch den Kausalvertrag ist der Zedent dem Zessionar gegenüber gesichert, wenn dieser seine Verpflichtungen verletzt; es steht ihm dann gegen den Zessionar ein Schadensersatzanspruch zu, der sich, je nachdem das Kausalverhältnis das des Dienstvertrages oder des Auftrages ist, auf §§ 611 ff. oder 662 ff. BGB. gründet, im übrigen aber aus dem pactum fiduciae als solchem ent-

[1]) Das Reichsgericht führt in seiner Entsch. Bd. 24 S. 163 aus: „Vereinbarungen zwischen Zedenten und Zessionar über Ausübung des übertragenen Gläubigerrechtes berühren das Schuldverhältnis selbst nicht".

springt, da nach dem Prinzipe der Vertragsfreiheit alle Verträge und nicht bloß die vom Bürgerlichen Gesetzbuche aufgezählten Schuldverträge klagbar sind, sofern nur der Wille, sich rechtlich zu verpflichten, festgestellt ist und ein schutzwürdiges Interesse vorliegt.[2])

Aber nicht nur aus vertragswidrigen Verfügungen, auch aus Unterlassungen des Zessionars kann sich ein Schadenersatzanspruch des Zedenten herleiten. Der Zessionar ist dem Zedenten gegenüber verpflichtet, immer dessen Interessen wahrzunehmen. So wird z. B. der Sicherungszessionar veranlaßt sein, dann, wenn die Fälligkeit der Sicherungsforderung von einer Kündigung abhängt und die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten erscheint, ungesäumt die Kündigung vorzunehmen; er hat die Forderung im Konkurse des Schuldners anzumelden; er wird dem Zedenten haften, wenn er schuldhafterweise die Sicherungsforderung verjähren läßt usw.

Wenn nun auch der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung so gut wie möglich verwerten muß, so dürfte doch die Entscheidung des Reichsgerichts v. 23. 11. 1904[3]) als hierin zu weitgehend verfehlt sein. Hier war an die beklagte Zessionarin eine Hypothek, und zwar die an zweiter und letzter Stelle stehende, zur Sicherung abgetreten; als das belastete Grundstück auf Veranlassung des ersten Hypothekgläubigers zwangsversteigert wurde, steigerte es die Zessionarin unter dem wirklichen Werte so ein, daß die Hypothek zum Teil ausfiel, und verkaufte dann das Grundstück weit über Zuschlagspreis. Das Reichsgericht verurteilte die beklagte Zessionarin zur Herausgabe des über die gesicherte Forderung gehenden Mehrerlöses mit folgender Begründung: „Der Zessionar muß dafür sorgen, daß das Grundstück zu einem angemessenen Preise zugeschlagen wird, und darf die durch die Zession erlangte formale Rechtsstellung nicht dazu benutzen, das Grundstück weit unter seinem Werte an sich zu bringen und dadurch seinen Machtgeber zu schädigen. Tut er es dennoch, so handelt er wider Treu und Glauben; der von ihm herbeigeführte Ausfall der Hypothek ist nur ein scheinbarer, da er in dem höheren Werte des Grundstücks Deckung für die Hypothek erhält. Diese Deckung erlangt er aus der Geschäftsbesorgung, und daher muß er den seine gesicherte Forderung

[2]) vgl. Kuhlenbeck, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 342/43.

[3]) Entsch. d. RG. Bd. 59 S. 190 ff.; JurW. 1905 S. 43 Nr. 5.

übersteigenden Wertbetrag an den Zedenten herausgeben. Im vorliegenden Falle hat die Beklagte unstreitig ihre formale Stellung als eingetragene Gläubigerin der ihr von der Klägerin zur Sicherheit abgetretenen Hypothek dazu benutzt, das Pfandgrundstück zu erwerben". Wenn man nun bedenkt, daß das Grundstück nicht auf Veranlassung der Beklagten zwangsversteigert wurde, daß ferner bei der Zwangsversteigerung jedermann Gelegenheit hatte, das Grundstück zu erwerben, und schließlich, daß die Beklagte das Höchstgebot gestellt hat, da ihr ja das Grundstück zugeschlagen wurde, so ist nicht erfindlich, wie die Beklagte ihre Rechtsstellung dazu benutzt haben soll, das Grundstück weit unter dem Werte an sich zu bringen; sie hat im Gegenteil ihre Pflicht erfüllt, indem sie am meisten bot, und wenn es ihr dann gelungen ist, das Grundstück zu einem höheren Betrage wieder zu verkaufen, so ist das ihr Gewinn, der ihr nicht streitig gemacht werden darf.[4])

Zweiter Abschnitt.

Die prozeßrechtlichen Wirkungen.

1. Kapitel: Die Stellung des Zessionars, Zedenten und Schuldners im Prozesse.

§ 11.

A. Die Stellung des Zessionars.

Über sie ist am wenigsten zu sagen. Auf Grund der dinglichen Wirkung ergibt sich, daß der Zessionar, wie er ja überhaupt das volle Verfügungsrecht über die Forderung hat, als Gläubiger aktiv vollkommen legitimiert ist. Und er einzig und allein ist Partei, er allein ist aktiv legitimiert.[1]) Das Urteil wirkt nur für und gegen ihn, nicht für und gegen den Zedenten.[2]) Wie bereits kurz erwähnt, sehen die Kommentare zur Zivilprozeßordnung durchweg in Verkennung des Wesens der fiduziarischen Zession in dem fiduziarischen

---

[4]) vgl. auch die Entsch. d. RG. v. 27. 4. 1896 bei Bolze Bd. 22 Nr. 342/43.

[1]) vgl. Bolze Bd. 8 S. 174 Nr. 380; ferner Entsch. d. RG. v. 13. 10. 1905 in JurW. 1905 S. 718 Nr. 8.

[2]) vgl. hierzu die Entsch. d. RG. Bd. 52 S. 216ff., woselbst es sich wohl tatsächlich nicht um eine Inkassozession, sondern ein Inkassomandat handelt.

Zessionar einen „Vertreter, der in eigenem Namen für fremde Rechnung den Prozeß führt".[3]) Sie stehen ferner alle auf dem Standpunkte, daß ein solcher Vertreter Partei sei, „und auch die Aufdeckung des bestehenden fiduziarischen Verhältnisses bewirkt nicht, daß der Inhaber von nun an als Partei zu gelten habe", sagt Gaupp-Stein. Und weiter: „Partei sind Personen, die im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung als Parteien auftreten, wie namentlich der Zessionar, der nach Abrede der Parteien nur Inkassomandatar sein soll.[4]) In diesen Fällen bleibt zwar die materielle Seite unberührt, insbesondere hinsichtlich der zulässigen Einreden. Prozessual aber ist der im eigenen Namen Handelnde Partei". Der fiduziarische Zessionar also materiellrechtlich Vertreter, im Prozeß Partei! Nun kommen die Kommentare weiter zu dem Schluß, daß trotzdem das Urteil auch für und gegen den Zedenten wirkt. Warum? „Das beruht auf dem Gesichtspunkte der Repräsentation", sagt Gaupp-Stein;[5]) „das ergibt sich daraus, daß der Prozeß auf Rechnung des Anderen geführt wird", lehrt Seuffert.[6])[7])

B. Die Stellung des Zedenten. Der Zedent als Zeuge.

Zunächst hat der Zedent eine Stellung im Prozesse zwischen Schuldner und Zessionar überhaupt nicht, er wird aber gewöhnlich bald als Zeuge in denselben hereingezogen. Wie schon betont, wird dem Schuldner schwer der Beweis gelingen, daß die Inkassozession nur deshalb erfolgt sei, um dem Zedenten das Auftreten als Zeuge zu ermöglichen. Wie ist aber dann, wenn dieser Beweis nicht geliefert wurde und sonach die Zession wirksam ist, wie ist ferner in den anderen Fällen fiduziarischer Zession, etwa bei der Sicherungszession, der Zedent als Zeuge im Prozesse zu behandeln? Die Meinungen hierüber gehen auseinander. Nach der herrschenden Ansicht gehört der Zedent einer Forderung trotz seiner Haftung aus § 437 BGB. nicht zu denjenigen Personen, welche gemäß § 393 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. bei dem Ausgange des Rechtsstreites unmittelbar

[3]) Gaupp-Stein Vorbem. I zu § 50 ZPO.; Seuffert Vorbem. 1 vor § 50 ZPO.; Petersen zu § 325 ZPO. sub 7b.

[4]) Eine infolge der verschiedenen Verwendung des Begriffes „Parteien" schauderhafte Definition!

[5]) Zu § 325 ZPO. sub VI.

[6]) Zu § 325 ZPO. sub 2.

[7]) vgl. ferner Petersen a. a. O., woselbst es statt „im Verhältnisse zu deren Vertretern" jedenfalls heißen muß „im Verhältnisse zu deren Vertretenen".

beteiligt sind. Auf diesem Standpunkte stehen die einzelnen Schriftsteller und die Kommentare vor allem infolge einer Entsch. d. RG. v. 15. 10. 1882,[8]) wonach unter den Personen des § 393 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO. nicht solche zu verstehen sind, „welche nur ein faktisches wirtschaftliches Interesse an der Tatsache der Entscheidung des Rechtsstreites in diesem oder jenem Sinne besitzen, sondern nur solche Personen, deren Rechtskreis oder Pflichtenkreis im rechtlichen Zusammenhange mit dem Streitverhältnisse steht und durch den Ausgang des Rechtsstreites beeinflußt wird", eine Auslegung, an der das Reichsgericht in seinen späteren Entscheidungen immer wieder festgehalten hat. Demnach sind Regreßverpflichtete nicht als unmittelbar beteiligt anzusehen, und der Zedent, auch der fiduziarische, wäre im Prozesse zwischen Zessionar und Schuldner zu beeidigen. Nun machen die Kommentare zur Zivilprozeßordnung eine Ausnahme gerade für den Fall der Zession zum Inkasso: „Nicht unmittelbar beteiligt sind namentlich Regreßverpflichtete, sonach nicht der Zedent, soweit er nicht bloß zum Inkasso zediert hat", sagt Gaupp-Stein,[9]) und „nicht unmittelbar beteiligt ist der Zedent in dem Prozesse des Zessionars, es sei denn, daß der Zessionar nur fiduziarisch vorgeschoben ist", erklärt Seuffert.[10])[11]) Durchweg stützen sie sich dabei auf eine Entsch. d. RG. v. 8. 6. 1899.[12]) Und dies mit Unrecht! Die angeführte Entscheidung behandelt einen besonders gearteten Fall, der unsere Frage durchaus nicht entscheidet. Das Reichsgericht nimmt dort und mit vollem Rechte eine unmittelbare Beteiligung des Zedenten an, aber nicht auf Grund seines fiduziarischen Verhältnisses zum Zessionar, sondern auf Grund einer Vereinbarung zwischen beiden, wie sie ebensogut bei der nichtfiduziarischen Forderungsübertragung vorkommt. „Das Merkmal für die unmittelbare Beteiligung", sagt Wienstein[13]) sehr richtig anläßlich der Besprechung dieser Entscheidung, „wird darin gefunden, daß durch den Ausgang des Rechtsstreits zwischen dem Zeugen und dem Zessionar unmittelbar entschieden werden solle, ob etwas und wieviel von der eingeklagten Summe an den Wechselverpflichtungen des Zeugen gegenüber dem

[8]) Entsch. d. RG. Bd. 8 S. 406 ff.
[9]) Zu § 393 ZPO. sub II.
[10]) Zu § 393 ZPO. sub 5.
[11]) Ebenso Neumiller usw.
[12]) Entsch. d. RG. Bd. 44 S. 374.
[13]) Gruchot Bd. 46 S. 241 ff.

Kläger verrechnet werden könne. Es war nämlich eine Abrede zwischen dem Zeugen und dem Kläger dahin getroffen worden, daß ein Teil der einzuziehenden Summe auf die erwähnten Verbindlichkeiten zu verrechnen sei". Das ist eine typische Vereinbarung bei der Forderungsübertragung erfüllungshalber, keine der fiduziarischen charakteristische. Sehr richtig bemerkt Wienstein weiter: „Die Beweisführung für die unmittelbare Beteiligung des Zeugen dürfte aber dadurch hinfällig werden, daß nicht der Ausgang des Rechtsstreits, sondern nur der Eingang der eingeklagten Summe den in Aussicht genommenen Erfolg haben kann".

Es ist also daran festzuhalten, daß auch der fiduziarische Zedent an und für sich ebensowenig wie der nichtfiduziarische unmittelbar beim Ausgange des Rechtsstreites beteiligt ist. Dann ist er aber auch zu beeidigen. Sache des Richters ist es, die beeidigte Aussage des Zedenten in gebührender Weise in Rücksicht auf ihre Glaubwürdigkeit einzuschätzen. Immer muß der Richter die Aussage einer solchen, zwar nicht unmittelbar beim Ausgange des Prozesses beteiligten, mittelbar aber doch daran sehr interessierten Person mit großer Vorsicht aufnehmen. Im Zusammenhange mit dem feststehenden Tatbestande und den erhobenen übrigen Beweisen aber wird er sich unschwer ein Urteil bilden. § 286 ZPO. gibt dem Richter die Möglichkeit, sein Urteil auch entgegen der beeidigten Aussage des Zedenten zu fällen, wenn er diese für unglaubwürdig erachtet. Regelmäßig wird dem Richter die Aussage des Zedenten allein nicht genügen, und er wird entweder auf Grund des § 139 Abs. 1 ZPO. dem Kläger nahelegen, dem Beklagten den Parteieneid zuzuschieben, oder gemäß § 475 ZPO. dem Beklagten den richterlichen Eid auferlegen. Denselben Standpunkt nimmt auch das Reichsgericht ein und hat ihn in einer neueren Entscheidung v. 16. 3. 1906[14]) scharf präzisiert. Im Hinblick auf diese Darlegung erscheinen die Bedenken mancher Schriftsteller, wie Schöningers[15]) und Wiensteins,[16]) gegen die Beeidigung der Aussage des fiduziarischen Zedenten nicht gerechtfertigt.

---

[14]) JurW. 1906 S. 329 Nr. 2; ebenso daselbst 1900 S. 860 Nr. 23; vgl. dagegen Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1906 S. 442.

[15]) a. a. O. S. 189ff., 194, 196.

[16]) Gruchot a. a. O. Bd. 46 sub II u. Bd. 48 sub B.

C. Die Stellung des Schuldners. Seine Einreden.

Viel ist über dieses Kapitel der Stellung und der Einreden des Schuldners geschrieben worden. Auch gehen die Meinungen hier noch sehr auseinander, obwohl begründete Zweifel nach dem bisher Entwickelten nicht bestehen können.

Prinzipiell hat der Schuldner gegenüber dem Fiduziar dieselbe Rechtsstellung, sonach auch dieselben Einreden wie gegenüber einem gewöhnlichen Zessionar. Es stehen ihm demnach die gegen den bisherigen Gläubiger sowohl zur Zeit der Abtretung bereits vorhandenen als nach diesem Zeitpunkte erst entstandenen Einreden gemäß §§ 404 ff. BGB. zu, z. B. die Einrede der Zahlung, der Stundung. Er kann ferner gegen den neuen Gläubiger die gerade dessen Recht entgegenstehenden Einreden, z. B. die der Aufrechnung geltend machen. Wie er ja überhaupt die Befugnis hat, die Berechtigung oder Sachlegitimation des neuen Gläubigers zu bestreiten,[17]) so kann er insbesondere einwenden, die fiduziarische Abtretung sei nur zum Scheine vorgenommen, sei simuliert.[18]) Ebenso kann er den Einwand der Nichtigkeit der Zession aus irgend einem anderen Grunde bringen. Dies kann der Schuldner einwenden, ohne ein besonderes Interesse seinerseits darlegen zu müssen, wie es früher vielfach verlangt wurde.[19]) Keine Einwendungen dagegen vermag der Schuldner aus dem internen Verhältnisse zwischen Fiduzianten und Fiduziar herzuleiten. Insbesondere kann er sich nicht darauf berufen, daß die Zession fiduziarisch erfolgt sei, denn es tut dies ja, wie betont, der Legitimation des Zessionars keinen Eintrag. Aber auch daraus, daß der Zessionar Verfügungen entgegen den Weisungen des Zedenten im Widerspruch mit dem Kaufalvertrage trifft, kann der Schuldner für sich keine Einwendungen entnehmen.[20]) Der Schuldner

---

[17]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 129/30.

[18]) vgl. Oertmann, Komm. zu § 404 BGB. sub 5 und die dort zitierte Literatur; ferner Dreyer a. a. O. § 5; Schollmeyer a. a. O. zu § 404 BGB. sub 3.

[19]) vgl. Entsch. d. KG. v. 26. 3. 1903, Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1903 S. 68.

[20]) So Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 163: „Vereinbarungen zwischen Zedenten und Zessionar über Ausübung des übertragenen Gläubigerrechts ... können nicht vom Zessus gegen den legitimierten Zessionar geltend gemacht werden", und Bd. 25 S. 210 in preußischer Sache: „Sobald nur eine formell ordnungsmäßige Erklärung des bisherigen Gläubigers vorliegt, daß der andere das Recht als das seinige auszuüben befugt sein soll, kann der Schuldner die Legitimation dieses anderen auf Grund von Abmachungen, welche neben der Ausstellung und Aushändigung dieser Erklärung

kann vor allem dann, wenn der Zedent bei der Inkassozession den Auftrag widerrufen hat (vgl. oben § 7), dem Zessionar keine exceptio doli entgegensetzen.[21]) Ebensowenig kann der Schuldner diese exceptio bringen, wenn er sich in Kenntnis des erfolgten Forderungsüberganges mit dem Zedenten verglichen hat.[22]) Manche geben ferner dem Schuldner eine Einrede der Arglist im Falle der Prozeßkostenzession, so Staudinger,[23]) Dernburg[24]) und im Anschlusse an diesen Kuhlenbeck.[25]) Das ist verfehlt, wie das Reichsgericht richtig in einer Entscheidung v. 14. 11. 1889[26]) ausführt: „Es kann die Beklagte (die Schuldnerin) ein rechtliches Interesse an der Geltendmachung der behaupteten Simulation nicht daraus ableiten, daß der Kläger (der Zessionar) völlig mittellos ist, da nicht ersichtlich, welchen Einfluß dieser Umstand auf die Erfüllung der angeblichen Verbindlichkeiten der Beklagten üben könnte. Wie der Schuldner die volle Abtretung einer gegen ihn geltend gemachten Forderung an einen mittellosen Zessionar nicht hindern kann, so muß ihm auch der Widerspruch gegen die Ermächtigung eines Mittellosen zur Einziehung und Einklagung der Forderung auf eigenen Namen versagt bleiben". Den gleichen Standpunkt hat das Reichsgericht eingenommen in einer Entscheidung v. 5. 11. 1900.[27]) Eine Arglist kann nie darin gefunden werden, wenn jemand von seinem guten Rechte, eine ihm zustehende Forderung auf einen andern zu übertragen, Gebrauch macht, und zwar in

---

getroffen sind, nicht in Frage stellen". Verkannt ist dies in einer Entsch. d. RG. v. 8. 2. 1903, DJZ. 1903 S. 273.

[21]) Dies ist vom RG. verfehlt in den Entsch. Bd. 39 S. 166 und vor allem Bd. 53 S. 416: „Durfte Sch. (der Zedent) den Auftrag und die Zession widerrufen (es ist immer von einem „Widerruf" der Zession die Rede!) und ist damit ihm gegenüber die Berechtigung des Klägers zur Beitreibung der Forderung fortgefallen, so kann sich nach der Sachlage auch der Beklagte als der Schuldner der zedierten Forderung auf den Fortfall der Berechtigung des Klägers berufen". — Oertmann, Komm., vertritt in seiner 2. Aufl. den oben niedergelegten Standpunkt, während er in der 1. Aufl. noch dem Schuldner eine exceptio doli gewährt hat.

[22]) Aus der bei Bolze Bd. 1 Nr. 853 mitgeteilten Entsch. d. RG. v. 30. 12. 1884 ist nicht ersichtlich, ob der Vergleich in dieser Kenntnis erfolgt ist; es ist dies jedoch anzunehmen und sonach die Entscheidung irrig.

[23]) Komm. zu § 398 BGB. sub 5.

[24]) BGB. Bd. 2 § 135 sub IV.

[25]) Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 341.

[26]) Gruchot Bd. 34 S. 464.

[27]) JurW. 1900 S. 860 Nr. 23.

seinem eigensten Interesse, ohne daß ihm der Vorwurf gemacht werden kann, er handle bloß zur Schikane des Schuldners.

2. Kapitel: **Sonstige prozeßrechtliche Wirkungen.**

§ 12.

Erwähnt sei zunächst die schon mehrfach zitierte Entsch. d. RG. v. 20. 10. 1903,[1]) wonach dann, wenn ein Ausländer eine ihm gegen einen Inländer zustehende Forderung auch nur fiduziarisch an einen anderen Inländer abgetreten hat, die Auffassung dieser Forderung als Vermögen für die Zuständigkeit gemäß § 23 ZPO. ausgeschlossen wird. Ganz selbstverständlich, denn die Forderung gehört nicht mehr zum Vermögen des Ausländers, sondern ist in das des Inländers übergegangen.

Nachdem die fiduziarisch übertragene Forderung in das Vermögen des Fiduziars übergeht, haben die Gläubiger desselben die Möglichkeit, sich aus ihr zu befriedigen, sie für sich pfänden zu lassen, während die Forderung dem Zugriffe der Gläubiger des Fiduzianten nunmehr entzogen ist. Würden die Gläubiger des Fiduzianten für sich eine Pfändung der Forderung erwirken, so hat der Fiduziar das Widerspruchsrecht gemäß § 771 ZPO.[2])

Dritter Abschnitt.

Die fiduziarische Zession im Konkurse.

§ 13.

Die Reichskonkursordnung enthält keine Bestimmung über die rechtliche Stellung des Fiduziars oder Fiduzianten im Konkurse des einen bezw. anderen von beiden. Aus all dem Gesagten ergibt sich diese von selbst.

A. Der Konkurs des Fiduziars.

Ob eine Sache, ein Recht, eine Forderung dem Gemeinschuldner gehört oder nicht, ob sonach einer Konkursmasse gegenüber ein Aus-

---

[1]) Rudorff, Entsch. Bd. 3 zu § 23 ZPO.; JurW. 1903 S. 418 Nr. 1.

[2]) vgl. Schöninger a. a. O. S. 173; Lilienthal a. a. O. S. 545; ferner die Entsch. d. RG. bei Bolze Bd. 22 Nr. 267 per arg. e contr.; Gruchot Bd. 37 S. 119 ff., woselbst es sich nicht um eine Inkassozession, sondern eine Inkassovollmacht handelt, Bd. 49 S. 900 ff.; die Entsch. v. 23. 6. 1904 in der JurW. 1904 S. 499 ff. und in der DJZ. 1904 S. 1041.

sonderungsanspruch besteht, ist zunächst immer nach bürgerlichem Rechte zu beurteilen (§ 43 RKO.).[1] Die fiduziarisch übertragene Forderung ist ein Bestandteil des Vermögens des Fiduziars wie jeder andere auch. Wie dem Fiduzianten nur Ansprüche obligatorischer Natur gegen den Fiduziar zustehen, so auch gegen seine Konkursmasse. Der Fiduziant ist gewöhnlicher Konkursgläubiger. Er nimmt eben das Risiko des Konkurses geradeso auf sich wie das des Vertrauensmißbrauches des Zessionars. Und es ist dies auch durchaus nicht unbillig, sondern ein Ausgleich für die Vorteile, die der Zedent im übrigen bei dem ganzen Rechtsgeschäfte hat.

Was die Literatur anlangt, so ist in keiner das fiduziarische Rechtsgeschäft betreffenden Frage die theoretische Beurteilung eine so verschiedene wie im Falle des Konkurses. Es ist nur eine verhältnißmäßig geringe Anzahl von Schriftstellern, welche die hier niedergelegte Ansicht teilt, nämlich Engel (a. a. O. S. 46 ff.); Goldstaub (a. a. O. S. 66 ff., 72); Goltz (a. a. O. S. 90 ff.), der daneben die Frage behandelt, ob die aus dem Gesetze gewonnenen Resultate in allen Fällen auch die zweckdienlichsten seien, und ob hier die Versagung eines Aussonderungsrechtes des Fiduzianten gegenüber dem Fiduziar vom wirtschaftlich politischen Standpunkt aus zu einem befriedigenden Ergebnisse führe, und diese Frage für manche Arten des fiduziarischen Rechtsgeschäftes verneint; Hellmann (a. a. O. S. 156 Anm. 5, S. 157 u. 158 Anm. 1 u. 2); Hertz (a. a. O. S. 37); Kleinfeller (KO. zu § 43 Anm. 2 S. 222/23); Lang (Arch. f. ziv. Prax. a. a. O. sub III); Lilienthal (a. a. O. S. 545); Matthiaß (a. a. O.); Schollmeyer (a. a. O. zu § 398 BGB.); Seuffert (Deutsches Konkursprozeßrecht S. 94 Anm. 10).

Begreiflich ist es, wenn diejenigen Schriftsteller, welche den Übergang des Eigentumes bezw. Gläubigerrechtes leugnen oder ein geteiltes Recht annehmen, dem Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars ein Aussonderungsrecht geben, wie Eck (a. a. O.); Dungs (a. a. O. sub I); Dernburg (Pand. a. a. O. und BGB. a. a. O.); Riedel (a. a. O. S. 515); Stammler (a. a. O.); Staudinger (a. a. O. zu § 398 BGB.); ferner die Kommentare zur Konkursordnung von Harburger (zu § 43 Anm. 2), Jaeger (zu § 43 Anm. 17, 18, 22) und Wilmowski (zu § 43 Anm. 5 S. 199, 200). Immerhin ist,

---

[1] Hellmann, Konkursr. S. 156; Endemann, Das deutsche Konkursverfahren S. 321, u. a. m.

wie Hellmann (a. a. O. S. 158 Anm. 2) eingehend nachweist, die Annahme eines Aussonderungsrechtes bei Vertretung der Theorie des relativen Rechtserwerbes eine Inkonsequenz, da nach dieser Theorie die Beschränkung des Erwerbes nur zwischen Fiduziar und Fiduzianten bestehe, also keine Wirkung im Verhältnis zwischen Fiduziant und dritten Personen habe, als welche im Konkurse des Fiduziars dessen Gläubiger erscheinen.

Es zeigt sich jedoch die auffallende Erscheinung, daß Schriftsteller, die im übrigen hinsichtlich des in dieser Abhandlung dargelegten Wesens des fiduziarischen Rechtsgeschäftes übereinstimmen, gerade für den Fall des Konkurses zu anderen Ergebnissen gelangen, so Enneccerus (a. a. O. § 303 sub I S. 770); Kohler (Leitfaden des deutschen Konkursrechtes S. 118, Iherings Jahrb. Bd. 16 S. 348 ff., 353, Lehrbuch des Konkursrechtes § 35); Müller (Forderungspfandrecht und Sicherungszession S. 36); Staub (Komm. zu § 368 Anm. 109). Enneccerus begründet dies damit, weil sich sonst die Gläubiger des Zessionars auf Kosten des Zedenten befriedigen würden; Müller, daß maßgebend sein müsse der Zweck des Übertragungsgeschäftes; ebenso Staub, es mache sich das zwischen Gläubiger und Schuldner begründete Treueverhältnis geltend, die Forderung sei als dem Zedenten noch gehörig zu betrachten. Kohler erklärt (Jahrb. S. 348) das Aussonderungsrecht für „ein einleuchtendes Postulat der Gerechtigkeit", gibt jedoch (S. 353) selbst zu, damit Gefühlsjuristerei zu treiben: „Obgleich daher eine gesetzliche Bestimmung fehlt, und obgleich es sehr wünschenswert wäre, wenn uns eine gesetzliche Brücke gebaut wäre, so glaube ich nichtsdestoweniger, daß wir auch ohne ausdrückliche Gesetzesstelle zu dieser Konstruktion berechtigt sind".[2]) Eine Wandlung in seiner Auffassung hat Regelsberger durchgemacht: Während er im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 63 S. 186/87 für das fiduziarische Indossament ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten entsprechend seiner Ansicht vom Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes als der juristischen Folgerung zuwiderlaufend leugnet, nimmt er in den Pand. a. a. O. trotz Beibehaltung seiner Grundauffassung ein solches Aussonderungsrecht ohne Angabe der ihn umstimmenden Gründe an. Zu den Vertretern des Aussonderungsrechtes zählt auch Hellwig (a. a. O. sub VII in fine), dem jedoch durchweg die entgegengesetzte Meinung

[2]) vgl. die Bekämpfung Kohlers durch Lang, Arch. f. ziv. Prax. a. a. O. sub III, 2.

unterschoben wird,[3]) indem man übersieht, daß Hellwig vom Konkurse des Fiduzianten spricht und hier dem Fiduziar ein Aussonderungsrecht verweigert.

Die Rechtsprechung ist eine äußerst spärliche. Es erhellt daraus, wie wenig praktisch die Frage der fiduziarischen Zession im Konkurse ist. Soweit sich das Reichsgericht bisher damit befaßt hat, nimmt es ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten an, wobei es sich mit Vorliebe auf die Materialien beruft.[4]) Daß sich auf die Materialien zur Konkursordnung, auf die zu § 35 a. KO. zu Protokoll konstatierte Auffassung der Kommissionsmitglieder und Regierungsvertreter ein Aussonderungsrecht des Zedenten nicht gründen läßt, wird selbst von Anhängern dieses Aussonderungsrechtes, so von Kohler,[5]) anerkannt.

B. Der Konkurs des Fiduzianten.

Im Konkurse des Fiduzianten gehören nur die obligatorischen Ansprüche desselben gegen den Fiduziar auf Rückübertragung oder Herausgabe des Erlöses oder auf Schadensersatz zur Konkursmasse. Streitig ist hier, welche Rechte der Sicherungszessionar hinsichtlich der sichergestellten Forderung gegenüber der Konkursmasse des Zedenten hat. Nach der einen und zwar überwiegenden Ansicht muß der Zessionar zunächst Befriedigung aus der Sicherungsforderung wie ein Absonderungsberechtigter suchen und kann nur den Ausfall zum Konkurse anmelden, nach der anderen kann er für seine ganze sichergestellte Forderung tributarische Befriedigung verlangen, sich, soweit er im Konkurse ausgefallen ist, aus der Sicherungsforderung befriedigen und ist bloß verpflichtet zur Herausgabe des Überschusses. Die erstere Ansicht wird von sämtlichen Autoren vertreten, welche im Konkurse des Fiduziars ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten annehmen, insbesondere von Jaeger (a. a. O. zu § 48 Anm. 10 und zu § 64 Anm. 2); Rehbein (a. a. O. zu § 398 BGB. sub 17 in fine); Staub (a. a. O. zu § 368); Wendt (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 100 S. 402); Wilmowski (a. a. O. zu § 48 Anm. 9 und zu § 64 Anm. 5).

---

[3]) vgl. Goltz a. a. O. S. 91; Jaeger a. a. O. Anm. 17.

[4]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 45 S. 80; ferner Bolze Bd. 10 Nr. 884 und Seufferts Arch. Bd. 46 Nr. 91 S. 144 ff.

[5]) Jahrb. Bd. 16 S. 351 ff.; vgl. auch Lang a. a. O. sub III, 3; dagegen Völderndorff, KO. Bd. 1 S. 445.

Dabei ist man sich darüber einig, „daß der Sicherungszessionar nach den Bestimmungen der Konkursordnung nicht zu den Absonderungsberechtigten gehört, da unter diesen nur solche Gläubiger verstanden werden, welche vorzugsweise Befriedigung aus einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstande kraft eines Faustpfandrechtes oder eines diesem gleichstehenden Rechtes beanspruchen“,[6]) will ihn aber aus den verschiedensten Gründen gleich einem Absonderungsberechtigten behandelt wissen. So äußert sich Staub: „Die fiduziarisch übereignete Forderung gehört zwar nicht mehr zur Konkursmasse des Schuldners, so daß der Gläubiger die Forderung als sein Eigentum als Aussonderungsgläubiger beanspruchen kann. Will sich der Gläubiger aber an der Masse beteiligen, so muß er sich auch entsprechend der der Sicherungsübereignung beigefügten Nebenabrede gefallen lassen, daß ihm das, was er aus der Einziehung der Forderung erlangt, abgezogen wird. Mit anderen Worten: Seine Stellung ist alsdann in Wahrheit die eines Absonderungs- und nicht die eines Aussonderungsgläubigers.“ Wilmowski begründet seine Ansicht in eigenartiger Weise, die erkennen läßt, wie sehr er sich dabei bewußt ist, sich mit dem positiven Rechte nicht im Einklang zu befinden: „War dem Gläubiger nur zur Sicherung seiner Forderung eine Forderung des Gemeinschuldners abgetreten, so hat er an dieser auch nur das Absonderungsrecht und kann nicht seine eigene Forderung voll und anders als nach §§ 64, 153 ff. KO. liquidieren, auch nicht ein Aussonderungsrecht an der abgetretenen Forderung beanspruchen; dies entspricht dem öffentlichen Interesse an der Regelung der Kreditverhältnisse (!) und in der Regel auch (!) der sachgemäßen Auslegung der betreffenden Willenserklärungen, welche als Endresultat nicht die absolute Ausscheidung der Forderung aus dem Vermögen des Schuldners, sondern nur die entsprechende Befriedigung des Gläubigers wollen“. Nicht nur aus den Anhängern eines Aussonderungsrechtes des Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars, nein, auch aus ihren Gegnern setzen sich die Verfechter dieser Ansicht der Behandlung des Fiduzianten als Absonderungsberechtigten zusammen; so wird sie von Lilienthal[7]) aus „konkursrechtlichen Grundsätzen“ vertreten, jedoch

---

[6]) vgl. Hellwig a. a. O.

[7]) a. a. O. S. 545. Diese Inkonsequenz Lilienthals ist näher beleuchtet von Kahn in der DJZ. 1903 S. 125.

ohne nähere Angabe derselben. Auch das Reichsgericht nimmt diesen Standpunkt ein.[8])

Die richtige Ansicht ist m. E. die oben an zweiter Stelle genannte, wie sie auch hauptsächlich von denjenigen geteilt wird, welche im Konkurse des Fiduziars den Fiduzianten als gewöhnlichen Konkursgläubiger betrachten.[9]) Ich schließe mich der Auffassung Kleinfellers[10]) an, der des Näheren ausführt: „Die Anwendung des § 64 KO. setzt einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung voraus. Auf einen Gläubiger, dem der Gemeinschuldner gewisse Gegenstände zum Zwecke der Sicherstellung für seine Forderung verkauft hat, trifft die Vorschrift nicht unmittelbar zu, weil sich aus einer solchen Veräußerung nur ein Aussonderungsrecht ergibt und der Gläubiger, soweit er nicht durch Hingabe der Sache (mittels Aufrechnung) befriedigt worden ist, seine Forderung als einfacher Konkursgläubiger geltend machen kann. Hatte wirklich eine Eigentums- oder Forderungsübertragung stattgefunden, so trifft § 64 KO. ebensowenig wie die §§ 120, 126, 127 KO. zu. Es fehlt an einem zur Konkursmasse gehörigen Absonderungsgegenstande und an der Verpflichtung des Gläubigers, zunächst aus diesem Befriedigung zu suchen und sich dessen Veräußerung durch den Konkursverwalter gefallen zu lassen. Soweit es dem letzteren nicht gelingt, das Aussonderungsrecht mit Erfolg zu bestreiten, steht ihm ein einfacher Konkursgläubiger gegenüber, dessen Forderung insoweit zum Konkursverfahren zugelassen werden muß, als sie nicht z. B. durch Aufrechnung mit der Kaufpreisforderung getilgt ist. Auch die „entsprechende" Anwendung der §§ 64, 153, 155, 168 Nr. 3 und 169 KO. auf Forderungen der erwähnten Art (so Entsch. d. RG. Bd. 24 S. 45 ff.) läßt sich schwer rechtfertigen, so sehr sie einem praktischen Bedürfnisse entspricht. Wenn das Eigentum an der Sache oder die Forderung auf den Gläubiger übergegangen ist, kann der Konkursverwalter deren Veräußerung weder selbst vornehmen noch (mittelbar) erzwingen und sie deshalb auch nicht als einen Gegenstand behandeln, der zur abgesonderten Befriedigung dient. Er kann vielmehr nur diejenigen Rechte des Gemeinschuldners geltend machen, welche diesem nach dem Vertrage zustehen".[11])

---

[8]) vgl. Entsch. Bd. 24 S. 45 ff.

[9]) vgl. Engel a. a. O. S. 48; Hellmann a. a. O.

[10]) a. a. O. Vorbem. 10 zu §§ 47 ff. S. 254 u. insbes. zu § 64 Anm. 1 S. 334.

[11]) Ebenso auch Sarwey-Bossert, Konkursordnung zu § 64 Anm. 1.

Hier möge Erwähnung finden eine Entsch. d. RG. Bd. 51 S. 397, welche die Frage behandelt, ob ein Konkursgläubiger im Hinblick auf § 55 Abs. 1 Ziff. 2 KO. aufrechnen darf, wenn zwar zur Zeit der Konkurseröffnung Forderung und Schuld in seiner Person vereinigt waren, er aber demnächst seine Konkursforderung fiduziarisch zur Sicherheit abgetreten und erst später wieder erworben hat. Das Reichsgericht bejaht die Frage, „denn die Forderung war nicht zu dauerndem Behalten, sondern in der Absicht und dem Rechtsanspruche auf Wiedererwerbung abgetreten".

C. Der Konkurs des Schuldners.

Daß im Konkurse des Schuldners bloß der Fiduziar, nicht der Fiduziant beteiligt ist, bedarf als selbstverständlich keiner weiteren Erörterung.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.